This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Dec. 1, 1879.

Germany

Lehrbuch

des

heutigen römiſchen Erbrechts

von

Dr. Albert Koeppen.

Würzburg.
Adalbert Stuber's Verlagsbuchhandlung.
1895.

Dec. Mar. 1, 1899.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

Erstes Buch.
Die Lehre von der Erbfolge.

Erster Abschnitt.
Die allgemeinen Lehren.

Erstes Capitel. Vom Nachlaß.

§ 1. I. Die Erbschaft 28
§ 2. II. Hereditas iacens 44
§ 3. III. Berufung zur Erbschaft 60

Zweites Capitel. Von der Delation der Erbschaft.

§ 4. I. Natur der Delation oder der Erbberechtigung 76
§ 5. II. Delationsgründe 87
III. Ausübung der Erbberechtigung.
§ 6. 1. Act der Ausübung. Antritt und Repudiation . . . 94
2. Ungültigkeit der Ausübung.
§ 7. a. Wegen Nichtexistenz des Willens 101
§ 8. b. Wegen Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung 103
§ 9. c. Wegen Ungewißheit der Erbberechtigung 110
3. Ausübung durch Stellvertreter.
§ 10. a. Durch den Negotiorum Gestor und durch den Mandatarius des Delaten 116
§ 11. b. Durch den Paterfamilias des Delaten 122

Seite

c. Durch den Vormund des Delaten.

§ 12. α. Minderjährige und Verschwender 125

§ 13. β. Wahnsinnige und s. g. Preßhafte 127

§ 14. d. Durch den Curator eines abwesenden oder verschollenen Delaten 130

§ 15. e. Durch den Vertreter einer juristischen Person . . 134

§ 16. 4. Zeit der Ausübung 135

IV. Verlust der Erbberechtigung.

A. Relativer Verlust.

§ 17. 1. Durch Veräußerung 142

2. Wegen Indignität.

§ 18. a. Indignitätsgründe 146

§ 19. b. Wirkungen für den Indignus und für den Ereptor 155

B. Absoluter Verlust.

§ 20. 1. Durch Repudiation 158

§ 21. 2. Durch Verlust der Erbfähigkeit 159

§ 22. 3. Durch den Tod des Delaten 159

V. Transmission der Erbberechtigung.

§ 23. A. Auf die Erben des Delaten 160

§ 24. 1. S. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis 161

§ 25. 2. S. g. transmissio Theodosiana 164

§ 26. 3. S. g. transmissio Iustinianea 168

B. Auf andere Personen.

§ 27. 1. S. g. transmissio ex capite infantiae 173

§ 28. 2. S. g. transmissio ex iure patrio 176

VI. Das Accrescenzrecht.

§ 29. 1. Begriff und Voraussetzungen 177

§ 30. 2. Wirkungen 186

Drittes Capitel. Von der Acquisition der Erbschaft.

§ 31. I. Erwerb durch Antritt und ipso iure 195

§ 32. II. Form des Erwerbes 202

III. Wirkungen des Erwerbes.

§ 33. 1. Duplicität des Erwerbes 205

2. Modificationen.

§ 34. a. Durch das s. g. beneficium inventarii . . . 208

§ 35. b. Durch das s. g. beneficium separationis . . 218

3. Rechtsverhältnisse der Miterben.

A. Aus der Communio.

§ 36. a. Gemeinschaft der universitas und der res singulae 221

Seite

b. Actio familiae erciscundae.

§ 37. α. Klagegrund 223
§ 38. β. Klageveranlassung 232
§ 39. γ. Kläger und Beklagte 236
§ 40. δ. Gegenstand 241

B. Aus der Collationsverbindlichkeit.

§ 41. a. Zweck und juristische Natur 246
§ 42. b. Gegenstand 263
§ 43. c. Subjecte 265
§ 44. 4. Rückwirkende Kraft des Erbschaftserwerbes 273
§ 45. IV. Veräußerung der erworbenen Erbschaft 278
§ 46. V. Aufhebung des Erbschaftserwerbes 283

Viertes Capitel. Vom Schutz des Erbrechts.

§ 47. Petitorischer und possessorischer Schutz 287

I. Hereditatis petitio.

§ 48. 1. Klagegrund und Klageveranlassung 289
§ 49. 2. Kläger und Beklagter 302
§ 50. 3. Beweis 314
§ 51. 4. Gegenstand. Haftung des Beklagten 329
§ 52. 5. Einreden und Gegenansprüche des Beklagten . . . 349

II. Die possessorischen Universalklagen.

§ 53. 1. Interdictum quorum bonorum und s. g. missio Hadriana 351
§ 54. 2. Die s. g. missio ex Carboniano edicto 360
§ 55. 3. Die s. g. missio ventris nomine 368
§ 56. 4. Die s. g. missio furiosi nomine 374
§ 57. 5. Besitzeinweisung des bedingt instituirten Erben . . 377

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen Arten der Erbfolge.

Erstes Capitel. Die Intestaterbfolge.

§ 58. I. Voraussetzungen 383

II. Successio ordinaria.

A. Successionsgründe.

§ 59. 1. Verwandtschaft 385
§ 60. a. Adoptivverwandtschaft 387
§ 61. b. Uneheliche Verwandtschaft 394
§ 62. 2. Ehe 397

B. Erbfolgeordnung.

§ 63. 1. Classen der Novelle 118 398
§ 64. 2. S. g. successio ordinum et graduum . . . 409
§ 65. III. Successio extraordinaria 415

Seite

Zweites Capitel. Die testamentarische Erbfolge.

§ 66. I. Begriff des Testaments 419

II. Erfordernisse.

§ 67. A. Testirfähigkeit 426

§ 68. B. Form 434

§ 69. 1. Regelmäßiges Privattestament 435

§ 70. 2. Außerordentliche Privattestamente 445

§ 71. 3. Privilegirte Privattestamente 446

§ 72. 4. Oeffentliche Testamente 459

C. Inhalt.

§ 73. 1. Allgemeine Grundsätze 462

2. Wesentlicher Inhalt. Heredis institutio.

§ 74. a. Begriff und Erfordernisse 480

§ 75. b. Erbeinsetzung Mehrerer 487

§ 76. c. Erbeinsetzung auf zu wenig oder zu viel Quoten 488

§ 77. d. Erbeinsetzung auf einzelne Vermögensstücke . . 492

§ 78. e. Nebenbestimmungen 504

§ 79. 3. Heredis substitutio 512

§ 80. a. Vulgarsubstitution 514

§ 81. b. Pupillarsubstitution 522

§ 82. c. Quasipupillarsubstitution 541

§ 83. 4. Die Enterbung 547

§ 84. 5. Gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente . . 551

D. Ungültigkeit des Testaments.

§ 85. 1. Grund der Ungültigkeit 564

§ 86. 2. Anerkennung eines ungültigen Testaments 575

§ 87. E. Eröffnung und Vollziehung des Testaments 581

Drittes Capitel. Die Notherbfolge.

§ 88. Uebersicht 587

I. Das Notherbenrecht vor der Novelle 115.

A. Das Präteritionssystem.

§ 89. 1. Ius civile 590

§ 90. 2. Ius praetorium 595

B. Das Inofficiositätssystem.

§ 91. 1. Ius civile 598

§ 92. 2. Ius praetorium 603

§ 93. C. Reformen beider Systeme durch Justinian 604

§ 94. 95. II. Umgestaltung des Notherbenrechts durch die Novelle 115.

III. Das Notherbenrecht des gemeinen Rechts.

§ 96. A. Das Recht der Descendenten und Ascendenten . . . 622

§ 97. 1. Die berechtigten Personen 623

Seite

§ 98. 2. Das Recht auf Erbeinsetzung und Pflichttheil . . 627
3. Ausschließung vom Notherbenrecht.
§ 99. a. Form 640
§ 100. b. Gründe 644
4. Verletzung und Schutz des Notherbenrechts.
§ 101. a. Verletzung des Rechts auf Erbeinsetzung. Querela inofficiosi testamenti 651
§ 102. b. Verletzung des Rechts auf den Pflichttheil. S. g. actio suppletoria und querela inofficiosae donationis seu dotis 668
§ 103. B. Das Recht der Geschwister 678
C. Die anomalen Pflichttheilsrechte.
§ 104. 1. Das Recht des arrogatus impubes auf die s. g. Querela divi Pii 682
§ 105. 2. Das Recht der armen Wittwe 686

Viertes Capitel.
§ 106. Die Universalsuccession des Fiscus an Erbesstatt 692

Zweites Buch.

Die Lehre von den Vermächtnissen.

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Lehren.

§ 107. I. Begriff des Vermächtnisses 693
II. Errichtung der Vermächtnisse.
§ 108. 1. Subjecte 699
§ 109. 2. Form 710
3. Inhalt.
§ 110. a. Im Allgemeinen.
§ 111. b. Regula Catoniana 718
§ 112. c. Substitutionen 723
§ 113. d. Nebenbestimmungen 726
III. Delation des Vermächtnisses.
§ 114. 1. Natur der Vermächtnißberechtigung 733
§ 115. 2. Aufhebung der Delation 739
IV. Acquisition des Vermächtnisses.
§ 116. 1. Rechte und Schutz des Legatars 740
§ 117. 2. Das Accrescenzrecht 747
§ 118. 3. Rechte des Onerirten 751

Seite

Das Recht auf die Quarta Falcidia.

§ 119. a. Inhalt 752
§ 120. b. Ausschließung und Aufhebung des Rechts auf die Quart 755
§ 121. c. Berechnung der Quart 758
§ 122. d. Abzug der Quart bei mehreren Erben . . 766
§ 123. e. Schutz des Rechts auf die Quart . . . 768

V. Ungültigkeit der Vermächtnisse.

§ 124. 1. Durch Ungültigkeit des Errichtungsgeschäfts . . . 769
§ 125. 2. Aus anderen Gründen 776

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen Vermächtnisse.

I. Die Singularvermächtnisse.

§ 126. 1. Vermächtniß einer species 781
§ 127. 2. S. g. legatum generis 787
§ 128. 3. Vermächtniß einer Quantität oder Summe . . . 789
§ 129. 4. Legatum optionis 789
§ 130. 5. S. g. legatum alternativum 790
§ 131. 6. Vermächtniß einer universitas 792
§ 132. 7. Vermächtniß einer dos 794
§ 133. 8. Vermächtniß einer Rente 796
§ 134. 9. Vermächtniß von Alimenten 797
§ 135. 10. Vermächtniß von iura in re 799
§ 136. 11. Vermächtniß in Bezug auf Obligationen 801

II. Das Universalvermächtniß.

§ 137. 1. Errichtung 805
§ 138. 2. Erwerb 808

3. Restitution.

§ 139. a. Bei freiwilligem Antritt des Fiduciars 811
§ 140. b. Bei erzwungenem Antritt des Fiduciars . . . 817

Drittes Buch.

Die Lehre von der mortis causa donatio.

§ 141. I. Begriff 819
§ 142. II. Errichtung 822
§ 143. III. Unterordnung unter die Vorschriften über die Vermächtnisse 824

Berichtigungen.

S. 6 Note 1 Zeile 2 ſtatt: potest l. possit.
„ 39 Zeile 7 v. u. ſtatt: in dem l. in den.
„ 48 Note 3 Zeile 10 v. u. ſtatt: reelle l. volle.
„ 80 „ 2 „ 5 ſtatt: § 39 l. § 44.
„ 84 „ 5 „ 2 ſtatt: natione l. ratione.
„ 89 Zeile 2 v. o. iſt zu ſtreichen: ſtets.
„ 115 „ 18 v. o. ſtatt: deſſen l. deren.
„ 128 Z. 8 v. o. ſtatt: Vermögen des Delaten l. Vermögen des Furioſus.
„ 132 Zeile 8 v. o. ſtatt: restituendo l. de restituendo.
„ 228 Note 4 Zeile 2 ſtatt: § 46 l. § 44.
„ 327 Zeile 17 v. o. l. dicere.
„ 333 Zeile 14 v. u. l. pertinere.
„ 390 Zeile 14 v. o. l. parens.
„ 430 Note 1 ſtatt: quid l. quib.
„ 431 Note 6 ſtatt: Note 4 l. Note 6.
„ 434 Note 1 Z. 1 ſtatt: c. 21 § 1 l. c. 21 pr.
„ 451 Zeile 18 v. o. ſtatt: über die l. auf die.
„ 453 Zeile 5 v. o. ſtatt: subdata l. sublata.
„ 474 Note 1 Z. 4 v. u. ſtatt: captationem l. captionem.
„ 474 Note 5 Z. 1 v. u. l. l. 20 § 2 D. de cond. (28. 7).
„ 482 Note 3 Z. 1 v. u. ſtatt: S. 475 Note 1 ff. l. S. 475 Note 2 ff.
„ 493 Note 2 Z. 5 v. u. ſtatt: Univerſalſummiſſion l. Univerſalſucceſſion.
„ 510 Zeile 11 v. o. ſtatt: Delator l. Delaten.
„ 520 Zeile 6 v. o. ſtatt: nicht erworbenen l. nicht erworbene.
„ 525 Note 1 Z. 2 v. o. l. Codicill.
„ 526 Note 3 l. l. 16 § 1 D. (28. 6).
„ 528 Z. 6 v. o. l. a parente.
„ 529 Note Z. 1 l. acquisiit.
„ 535 Note 3 Z. 12 v. u. l. l. 59 (58).
„ 549 Note 1 Z. 2 l. constitutum.
„ 562 Note 3 Z. 8 v. u. l. ex contractu.
„ 570 Note 3 Z. 1 l. heres ex eo.
„ 590 Note 2 l. das Recht vor der Novelle 115.
„ 599 Note 2. Z. 2. l. pudor.
„ 610 Note 1 Z. 2 l. promulgandam.
„ 617 Z. 15 v. u. l. hereditatis petitio.
„ 630 Note 5 Z. 8 v. u. l. vertheilen.
„ 635 Note 2 Z. 17 v. u. l. in den Pflichttheil.
„ 639 Note 5 Z. 2 l. portione.
„ 640 Note 1 Z. 2 l. können Enterbungen.
„ 641 Z. 1 v. o. l. verletzen.
„ 658 Z. 14 v. o. l. hereditatis petitio.

S. 672 Note 3 Z. 3 l. puosdam.
„ 674 Z. 10 v. u. l. impubes.
„ 674 Note 1 l. instar.
„ 684 Z. 1 v. o. l. Activa.
„ 694 Note 2 Z. 2 l. prohibetur.
„ 702 ff. statt: Kollegatare l. Collegatare.
„ 715 Z. 20 v. u. l. unten § 124 S. 773 sub. 6.
„ 736 Z. 20 v. o. l. von Antoninus Pius recipirt.
„ 746 Z. 11 v. o. l. contraria.
„ 770 Z. 20 v. o. l. S. 566[3].

Nachträge.

Zu § 34 (S. 208 ff.): Cassо, die Haftung des Beneficialerben nach römischem und heutigem Recht. Berliner Inaugural-Dissertation. 1889.

Zu § 2 (S. 44 ff.) und § 4 ff. (S. 76 ff.): Steinlechner, das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge nach römischem und österreichischem Recht. I. 1893.

Zu § 35 (S. 218 ff.): Oertmann, Separation und Absonderung in v. Ihering's Jahrbb. Bd. 34 Heft 1 u. 2 S. 82 ff. 1894.

Zu § 53 (S. 351 ff.): Riesebieter, die provisorische Einweisung des testamentarischen Erben in den Besitz der Erbschaft nach gemeinem Recht in v. Ihering's Jahrbb. Bd. 34 Heft 1 u. 2 S. 103 ff. 1894.

Zu § 109 (S. 715 ff.): Lothar Seuffert, der Beweis des Oralfideicommisses in v. Ihering's Jahrbb. Bd. 34 Heft 5 u. 6 S. 484 ff. 1895.

Abkürzungen.

NO. = Notariatsordnung.
RCPO. = Reichscivilproceßordnung.
EG. = Einführungsgesetz zur Civilproceßordnung.
RKO. = Reichskonkursordnung.
RG. = Reichsgericht.

Einleitung.

Das Erbrecht begreift die Rechtsvorschriften, nach welchen das Vermögen eines Verstorbenen übergeht auf die Ueberlebenden.

Bei diesem Uebergang erheben sich zwei Hauptfragen: auf welche Personen soll das Vermögen übergehen, und in welcher *Form* muß dies geschehen? Die Ideen, nach welchen es diese beiden Fragen regelt, sind die Grundideen des römischen Erbrechts.

Für die erste Frage ist das rechtsbildende Princip die Natur der Familie, für die zweite die Sicherheit des Credits.

Die Familienliebe, welche den Menschen zur Fürsorge für die Seinigen antreibt, fordert, daß er das von ihm erworbene Vermögen, wenn auch zunächst für sich, doch zugleich für seine Familie erwirbt: daß es schon bei seinen Lebzeiten nicht blos seinen individuellen Zwecken, sondern auch der Wohlfahrt seiner Angehörigen dient, und daß es bei seinem Tode nicht als ein erledigtes Gut dem Occupanten oder dem Staate zufällt, sondern seiner Familie erhalten wird. Sonst müßte der natürliche Antrieb zur Fürsorge für die Zukunft der Familie ersterben. Ohne diesen Antrieb würde es an einem der mächtigsten Hebel der Arbeit fehlen. Der Erwerb würde aufgehen in dem Genuß des Augenblicks.[1]

Neben dieser Anforderung, welche der sittliche Charakter der Familie stellt, begründet die Sicherheit des Credits die Nothwendigkeit, daß mit den activen auch die passiven Vermögensbestandtheile beim Tode des Menschen fortdauern. Der Tod des Schuldners darf seine Gläubiger nicht gefährden. Deshalb müssen, wie bei

[1] Vgl. Trendelenburg, Naturrecht. 2. Aufl. § 141, S. 307.

seinen Lebzeiten, seine Rechte und seine Schulden zu einer Einheit verbunden bleiben, in welcher die Rechte mit ihrem Werth für die Schulden haften; und der Wechsel des Subjects in dieser Einheit muß sich so vollziehen, daß dabei Minderungen des Vermögens zum Nachtheil der Gläubiger ausgeschlossen sind.[1]

Nach diesen leitenden Gedanken giebt das römische Recht dem Vermögen des einzelnen Menschen die Natur eines Familienvermögens, soweit es die sittliche Gestaltung des Gemeinlebens fordert. So lange der Mensch lebt, äußert sich diese Natur in dem Anspruch seiner nächsten Angehörigen auf Alimentation und Dotation,[2] bei seinem Tode äußert sie sich in der Bestimmung seines Vermögens auf seine Familienglieder überzugehen. Diese Bestimmung macht den Verstorbenen zum Erblasser, sein Vermögen zur Erbschaft (hereditas im obj. S.)[3], und diese zum Gegenstand der Erbfolge (hereditas im subj. S.)[4], durch welche die nächsten Familienglieder seine Erben (heredes) werden.[5] Alle drei Arten der Erbfolge, die das römische Recht kennt, die gesetzliche, die testamentarische und die Notherbfolge, sind ein Ausfluß des Familien-

---

[1] Die Idee, die in der Regel als die natürliche betrachtet wird, es müßten eigentlich mit dem Tode des Menschen alle seine Rechte und Schulden aufhören und seine Sachen als herrenlose Gegenstand des allgemeinen Occupationsrechts werden, bedarf nach der Ausführung im Text keiner weiteren Widerlegung; vgl. Trendelenburg a. a. O. S. 306 u. Bruns, das heut. röm. R. § 86 in v. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1.

[2] l. 5 § 2 D. de agn. et al. lib. (25. 3) ... cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis. c. 7 C. de dot. prom. (5. 11) ... paternum esse officium, dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie. Seneca, de benef. III. 18.

[3] Cicero, Top. c. 6. Hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. l. 5 pr. l. 178 pr. l. 222 D. de V. S. (50. 16). Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur. l. 77 § 24 D. le legat. (31).

[4] l. 62 D. de R. I. (50. 17). Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit. l. 24 D. de V. S. (50. 16).

[5] § 7 I. de hered. qual. (2. 19) ... veteres heredes pro dominis appellabant. Festus s. v. heres.

bandes; und für die eine wie für die andere ist die Erbschaft als universitas der Gegenstand,[1] und folgeweise die Universalsuccession die Form der Erbfolge.[2]

Die gesetzliche oder die Intestaterbfolge beruht im Justinianischen Recht auf den beiden natürlichen Grundlagen der Familie: auf der Abstammung und auf der Ehe. An erster Stelle knüpft sie sich, abgesehen von dem Adoptivverhältniß, überall an die Cognation in einer Abstufung, welche den natürlichen Graden der Innigkeit des Verwandtschaftsverhältnisses entspricht, an zweiter Stelle knüpft sie sich an die Ehe. Diesem Vorzuge der Cognation vor der Ehe liegt nicht die Auffassung zu Grunde, als ob der überlebende Ehegatte außerhalb der Familie des Erblassers stehe: er beruht auf der sittlichen Natur des ehelichen Bandes. Die Ehe soll nur aus gegenseitiger Liebe geschlossen werden. Deshalb darf sie nicht von äußeren Vortheilen begleitet sein, weder so lange sie besteht, noch wenn der Tod sie auflöst. Aus diesem Grunde sind Schenkungen unter Ehegatten verboten, und aus diesem Grunde giebt auch der Tod des einen Ehegatten dem andern nur eine entfernte Aussicht auf seinen Nachlaß. Besteht unter beiden die wahre eheliche Gesinnung, so wird jeder den andern durch testamentarische Disposition den individuellen Verhältnissen entsprechend bedenken,[3] und ist dies nicht der Fall, so wird jedem Anspruch genügt, wenn das Gesetz der dürftigen Wittwe, welche ihren Erhalter verlor, aus dem Vermögen desselben Unterstützung und Hülfe gewährt.[4]

---

[1] l. 208 D. de V. S. (50. 16). Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.

[2] l. 3 D. de B. P. (37. 1) ... universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum l. 37 D. de A. v. O. H. (29. 2). Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit. cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant. l. 6 § 6 D. de his qui not. inf. (3. 2)... heres .. succedit .. in aes alienum defuncti.

[3] Diese Erwägung bestimmte den Kaiser Theodosius, den Versuch, die Ehegatten bei der Erbfolge zu den Verwandten zu stellen, wieder zu beseitigen, c. 9 C. Th. de legit. heredit. (5. 1).

[4] Wie es in Nov. 53 c. 6 pr. u. in Nov. 117 c. 5 geschieht.

Wie die gesetzliche, so gründet sich auch die testamentarische Erbfolge in dem Wesen der Familie. Die Familie ist ihrem Wesen nach eine auf Liebe und Zuneigung beruhende Schöpfung des Familienvaters. Ihre Gestaltung kann daher nicht unter die Herrschaft des Gesetzes gestellt werden. Es darf vielmehr für die Familie kein anderes Gesetz geben als das ihres Stifters, und für diesen kein anderes als sein eigenes. Nur dem absolut und unbedingt Verwerflichen kann der Staat durch Rechtsvorschriften begegnen, im Uebrigen muß die Macht der Sitte und der öffentlichen Meinung der Familie ihren sittlichen Charakter bewahren. Diese Ausschließung des positiven Rechts von dem Gebiet der Familie erkennt das römische Recht durch die fast schrankenlose Potestas an, welche es dem Paterfamilias einräumt, nicht um die Familienglieder seiner Willkür Preis zu geben,[1] sondern damit er sich ungehindert seine Familie den individuellen Verhältnissen gemäß zu gestalten vermag.[2] Zu diesem Zweck hat er bei seinen Lebzeiten in der Adoption ein rechtliches Mittel, sich den Kreis seines Hauses auf künstlichem Wege zu bilden oder zu erweitern; und zu demselben Zweck dient ihm auf seinen Todesfall das Testament. Durch dasselbe soll er die gesetzliche Erbfolge aufheben und denjenigen Personen, die darauf allein einen sittlichen Anspruch haben, die Rechte, welche das Familienverhältniß auf den Nachlaß giebt, einräumen, also dem gegebenen Familienkreis einen andern für die Zeit, wo er aus dem Leben scheidet, substituiren können.[3] Deshalb ist das Testament auch bis zum letzten Lebensmoment des Testators widerruflich, damit er denen, die zu dieser Zeit ihm am nächsten stehen, sein Vermögen zuwenden kann.[4] Den unwiderruf-

[1] l. 5 D. de lege Pomp. de parr. (48. 9) ... patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. l. 23 § 4 D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5) ... pietas paterni nominis consilium pro liberis capit.

[2] Vgl. v. Jhering, Geist des röm. Rechts 3. Aufl. Bd. 2 S. 196 ff. S. 211.

[3] Wie Ehe und Adoption war deshalb auch die Berufung im Testament durch das Connubium bedingt. Die Fälle der Erbunfähigkeit bezeugen dies, insbesondere die Erbunfähigkeit der Latini. Ulp. XXII. 1. Gaius I. 22. 23. — Vgl. Stahl, Philosopie des Rechts Bd. 2 § 92.

[4] l. 4 D. de adim. vel transf. leg. (34. 4) ... ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremu mexitum.

lichen Erbvertrag, der ihm diese Möglichkeit entzieht, verwirft das römische Recht aus diesem Grunde als contra bonos mores.[1]

Den Charakter der freien Nachbildung des natürlichen Familienbandes hat das Testament stets im römischen Recht behalten, wenn auch diese Nachbildung nicht seine ausschließliche Function geblieben, sondern im öffentlichen Interesse auch auf gewisse juristische Personen die testamentarische Erbfähigkeit erstreckt worden ist.[2]

Während so das römische Recht auf der einen Seite dem Paterfamilias die freie Gestaltung seiner Familie auf den Todesfall überläßt, übersieht es auf der andern Seite nicht, daß diese Freiheit die Möglichkeit eines Mißbrauchs in sich schließt. Das Testament soll dem Testator die Nachbildung des Familienbandes nur ermöglichen, um nach der sittlichen Berechtigung sein Vermögen zu vergaben. In diesem Zweck des Testaments findet die Testirfreiheit ihre Grenze. Die Pflichten, welche das Gesetz der Familienliebe dem Erblasser vorschreibt, sind auch Pflichten seines letzten Willens.[3] Den Schutz gegen die Verletzung dieser Pflichten gewährt die dritte Art der Erbfolge: die Notherbfolge.

Das innigste Verwandtschaftsverhältniß, welches überhaupt Menschen mit einander verknüpfen kann, ist das Band zwischen Ascendenten und Descendenten. Vor ihm kann, ohne die Stimme der Natur zu verleugnen, keinem auch noch so nahen Verhältniß zu anderen Personen der Vorzug eingeräumt werden. Deshalb darf der Erblasser diese nahen Angehörigen, soweit sie ihn ab in-

---

[1] c. 4 C. de inut. stip. (8. 38). Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint. c. 15. 19 C. de pact. (2. 3), c. 5. C. de pact. conv. (5. 14). Vgl. v. Ihering a. a. O. Bd. 2 S. 226. Nach deutschem Gewohnheitsrecht kann heute auch durch Vertrag ein Erbe ernannt werden.

[2] Im alten Recht waren sie erbunfähig, Ulp. XXII. 5. 6. Plinius, Epist. V. 7. Später wurde die Erbfähigkeit beigelegt dem Fiscus, den Gemeinden, Kirchen, kirchlichen Instituten und den Stiftungen, c. 12 C. de hered. inst. (6. 24), c. 1, c. 23 C. de ss. eccl. (1. 2), Nov. 131 c. 9.

[3] Valer. Maxim. VII. 7, 2. 5 ... Sed artissimum inter homines procreationis vinculum patris voluntatem ... superavit.

testato beerbt haben würden, nicht willkürlich durch sein Testament von seinem Nachlaß ausschließen: er muß ihnen einen bestimmten Theil desselben, den s. g. Pflichttheil zuwenden,[1] wenn sie sich dessen nicht unwürdig gemacht haben. Zieht er ihnen ohne Grund andere Personen vor, so macht er ein pflichtwidriges Testament (testamentum inofficiosum),[2] weil er das officium pietatis verletzt,[3] wenn er den nächsten Verwandten durch ihre Ausschließung vom Nachlaß eine unverdiente Ehrenkränkung zufügt.[4] Deshalb bewirkt diese Inofficiosität, daß die ausgeschlossenen Kinder oder Eltern als Notherben gegen das Testament zur gesetzlichen Erbfolge berufen werden. Die unnatürliche Verfügung wird so behandelt, als ob der Testator sie ohne Herr seines Willens zu sein getroffen hätte.[5] Die Genugthuung für die Gekränkten besteht demgemäß darin, daß ihnen gegenüber das Testament seine Wirksamkeit verliert[6] und sich für sie die gesetzliche Erbfolge eröffnet.[7] Diese gesetzliche Erbfolge gegen ein inofficiöses Testament ist die Notherbfolge.

Der Liebe zu den Eltern steht gleich die gegenseitige Liebe der Geschwister, sofern sie sich unter Vater und Mutter ver-

[1] Ursprünglich 1/4 der Intestatportion: § 6 I. h. t. (2. 18) . . . quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non potest. In Nov. 18 erhöhte Justinian den Pflichttheil.

[2] l. 3 D. de inoff. test. (5.2) Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.

[3] pr. I. de inoff. test. (2.18) . . . recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis. L. 5 D. h. t. (5.2).

[4] L. 4 D. de inoff. test. (5. 2) Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt. l 22 pr. D. eod . . . nam indignatio filii est. c. 10 C. de test. milit. (6.21) . . . exheredationis notam infligit.

[5] l. 5. D. de inoff. test. (5.2) . . . videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret. l 2. D. eod. pr. J. h. t. (2.18).

[6] l. 17 § 1 D. eod. Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur.

[7] l. 6 § 1 D. eod . . . nam intestatum patremfamilias facit. l. 19 D. eod . . . filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset.

einigen. Sind aber Brüder oder Schwestern aus dem Elternhause geschieden und zu selbständiger Lebensstellung gelangt, so können sie zu andern Personen in Beziehungen treten, welche zwar die Liebe zu den Eltern nicht beeinträchtigen dürfen,[1] durch die aber die Geschwister nothwendig eine entferntere Stellung erhalten, ohne daß sich damit eine Kränkung für sie verbindet. Brüder oder Schwestern, die eine Ehe schließen, treten naturgemäß zu dem Ehegatten in ein innigeres Verhältniß als zu den Geschwistern, und die Pflicht der Dankbarkeit gegen andere Personen kann es gleichfalls völlig rechtfertigen, wenn sie sich diesen näher verbunden fühlen. Deßhalb haben die Geschwister nach dem Gesetz der Natur keinen Anspruch auf ein absolutes Pflichttheilsrecht; bei ihnen hängt es von der Persönlichkeit der eingesetzten Testamentserben ab, ob deren Bevorzugung sie in ihrer Ehre verletzt. Das römische Recht gibt demgemäß den Geschwistern nur ein bedingtes Recht auf den Pflichttheil: unter der Bedingung, daß die Testamentserben, welche sie von der Erbfolge verdrängen sollen, personae turpes, sie selbst aber unbefleckten Namens sind.[2] Und auch diese bedingte Berechtigung gewährt es nur den vollbürtigen Geschwistern und den Halbgeschwistern väterlicher Seits (consanguinei). Kinder, die den Vater, der die Familie gründet, gemeinsam haben, tragen den gleichen Familiennamen und fühlen sich auch als Glieder einer und derselben Familie; dagegen Kinder, welche nur durch die Mutter verbunden sind (uterini), gehören verschiedenen Familien an und empfinden es auch, daß sie der Familieneinheit entbehren. Aus diesem Grunde fehlt es bei ihnen und bei allen Seitenverwandten über den Grad der Geschwister hinaus an solchen Banden der Liebe, wie sie der Anspruch auf den Pflichttheil voraussetzt.[3]

---

[1] l 31 § 1 D. eod. Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus ex liberis an extraneis vel municipibus.

[2] c. 27 C. h. t. (3.28) . . . contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adsperguntur. l 24 D. h. t. (5.2).

[3] c. 21 C. eod. (3.28) . . . nemo eorum, qui ex transversa linea veniunt exceptis fratre et sorore ad inofficiosi querelam admittatur. c. 1 C. Th. h. t. (2.19) Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur.

So bildet überall die Familie das Princip der römischen Erbfolge.

Deßhalb ist das Familienverhältniß des Erben zum Erblasser auch maßgebend für die Frage, ob er die Erbschaft ohne oder nur mit seinem Willen erwirbt. Es hängt dies von dem Umstande ab, ob er zu dem engeren oder weiteren Familienkreise des Erblassers gehört.

Der engere Kreis der Familie besteht aus den Personen, welche der Gewalt des Familienhauptes unterworfen sind.[1] Sie bilden sein Haus. Sie leben mit von seinem Vermögen[2] und helfen oft dasselbe auch mit erwerben. Weil es mit für und durch sie existirt, gehört ihnen das väterliche Vermögen im sittlichen Sinne schon bei Lebzeiten des Paterfamilias. Deßhalb geht es, wenn sich bei dessen Tode die bisherige Familie in mehrere Familien auflöst[3], auch rechtlich auf die neuen Familienhäupter (sui) über: ohne ihr Wissen und Wollen[4], aber mit dem sog. beneficium

---

[1] l. 195 § 2 D. de V. S. (50.16) . . . iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae . . .

[2] Cicero in Verrem II, 1.44. Quibuscum vivi bona nostra partimur.

[3] l. 195 § 2 D. de V. S. (50.16.) . . . cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere.

[4] § 3 I. de heredit. quae ab int. def. (3.1). Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes . . . et statim morte parentis quasi continuatur dominium. l. 11 D. de lib. et post. hered. (28.2). In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur . . . l. 1 § 12 D. de succ. edict (38.9) . . . qui paene ad propria bona veniunt. l. 7 pr. D. de bon. damn. (48.20) Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in iure civili suorum heredum nomen iis indictum est. Vgl. zu diesen Stellen Brinz, Pand. § 250, Pernice, Labeo I. S. 110, Mandry, das gemeine Familienrecht I. S. 10 ff.

abstinendi d. i. mit dem Recht, den Erwerb der Erbschaft wieder aufzuheben durch die Erklärung, sie nicht behalten zu wollen.[1] Diese dem Hause des Erblassers angehörigen Erben heißen heredes sui oder domestici.[2] Der Titel für ihre Erbfolge ist das ius potestatis.[3]

Zählt der berufene Erbe nicht zu den sui, so ist er ein extraneus, der außerhalb des Hauses des Erblassers steht.[4] Er gehört zum weiteren Familienkreise desselben. Für diesen gibt es kein lebendes gemeinsames Familienhaupt und kein gemeinschaftlich zu seiner Erhaltung dienendes Vermögen. Er besteht aus einer Mehrzahl von Personen, von denen jede ihre eigene Familie bildet[5] oder hat und allein oder mit ihrer engeren Familie von ihrem besonderen Vermögen lebt. Deshalb tritt für die extranei die Erbfolge nicht ipso iure ein. Es wird ihnen die Erbschaft nur deferirt[6] d. i. nur angetragen, damit sie sich

---

[1] Gaius II. 158. Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant. § 2 I. de hered. qual. (2.19), l. 89 D. de legat. (30).

[2] § 2 I. de hered. qual. (2.19) ... Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Im alten Recht hießen sie heredes sui et necessarii, weil sie wegen der Schulden, die bei den ursprünglich einfachen Sitten der Römer durch das Familienbedürfniß entstanden, die Erbschaft nicht blos ipso iure, sondern auch necessitate erwarben: Gaius II. 156 157. § 2 cit. I. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint sive nolint ... heredes fiunt. Als die Ueberschuldung des Vermögens nach dem Untergang der einfachen Sitten ihren Grund in dem schlechten Haushalt des Paterfamilias hatte, gab der Prätor den sui das sog. beneficium abstinendi (Note 1). Damit hörten sie auf, heredes necessarii zu sein.

[3] l. 5 pr. D. de cond. (35.1) ... hoc iure potestatis fieri ..

[4] Gaius II. 161. Ceteri qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur; itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei videntur.

[5] l. 195 § 2 D. de V. S. (50.16) ... Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat.

[6] Hereditas defertur; dafür findet sich auch successio defertur, weil dem Erben mit der Erbschaft die Erbfolge d. i. die Succession in dieselbe angetragen wird, l. 130 D. de V. S. (56.16), l. 91 D. de R. I.

über die Solvenz unterrichten und überlegen können, ob sie sie acquiriren wollen oder nicht.[1] Die heredes extranei sind daher heredes voluntarii. Die Delation der Erbschaft begründet für sie ein Wahl- und damit ein Deliberationsrecht, welches als solches in doppelter Weise ausgeübt werden kann: entweder durch den Antritt der Erbschaft (aditio hereditatis) d. i. durch die Erklärung, daß sie die Erbschaft erwerben wollen, oder durch die Ausschlagung der Erbschaft (repudiatio hereditatis) d. i. durch die Erklärung, daß sie die Erbschaft nicht erwerben wollen.[2] Dieses Wahlrecht des Delaten heißt in den Quellen hereditas wie die Erbschaft, deren Delation es begründet; es wird als ius hereditatis und ius successionis definirt[3] d. i. als das Recht zur Erbfolge,[4] vermöge dessen der Delat Erbe werden kann,

---

(50.17), l. 1 § 11 D. ad S. C. Tert. (38.17), l. 1 pr. D. de suis (38.16). Der Ausdruck delatio hereditatis kommt in den Quellen nicht vor, vgl. Brissonius s. v. delatio.

[1] Gaius II. 162. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda.

[2] Gaius II. 169 . . . qui . . . heres institutus est, quive ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. § 7 I. de hered. qual. (2.19), l. 18 D. de A. v. O. H. (29.2). Is potest repudiare, qui et acquirere potest.

[3] § 2 I. de reb. incorp. (2.2) Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas . . . Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur . . . Nam ipsum ius hereditatis . . . incorporale est. In der im Uebrigen ganz gleich lautenden l. 1 § 1 D. de div. rer. (1.8) heißt es statt ius hereditatis: nam ipsum ius successionis . . . incorporale est. l. 208 D. de V. S. (50.16) . . . appellatio hereditatis universitatem quandam ac ius successionis demonstrat.

[4] Diesen Sinn verbindet mit dem Ausdruck auch die Paraphrase des Theophilus, die ihn mit folgenden Worten umschreibt: τὸ δικαίον το παρέχον μοι παῤῥησίαν ὥςτε ἀθρόως τὴν ἑτέρου λαμβάνειν περιουσίαν, was Reitz so übersetzt: ius prabens mihi facultatem, ut alterius patrimonium universaliter acquiram. Manche Juristen halten diese Uebersetzung für ungenau, u. A. Arndts Beiträge S. 17, Schirmer, Erbr. S. 8, Windscheid, Pand. § 536 Note 3, § 605. Note 9, 10. Sie wollen unter dem ius successionis nicht das durch die Delation der Erbschaft begründete Recht zur Erbfolge verstehen, sondern das durch die Acquisition der

wenn er will.[1] Darnach läßt es sich heute passend durch den Ausdruck Erbberechtigung bezeichnen.[2] Repudiirt der Delat, so geht seine Erbberechtigung unter und tritt er an, so erlischt sie ebenfalls, aber sie wird jetzt der rechtliche Grund (causa, titulus) für seine Erbfolge. Der Titel für die Erbfolge der heredes extranei ist die hereditas d. i. das ius hereditatis v. successionis.[3]

Durch die Erbfolge entsteht für den Erben das ius heredis[4] d. i. das Recht, welches er dadurch hat, daß er Erbe ist. Dieses Recht heißt heute Erbrecht, in den Quellen ius hereditarium,[5] bisweilen auch hereditas,[6] wie die Erbfolge, durch welche es ent-

---

Erbschaft begründete Recht der Erbfolge d. h. das Recht, welches der Erbe dadurch hat, daß er durch die Erbfolge Erbe geworden ist. In der That begründet die Acquisition der Erbschaft, also die Erbfolge kein ius successionis, sondern sie ist die Succession und zwar beim heres extraneus auf Grund des ius successionis. Das Recht, welches durch diese Succession für den Erben entsteht, ist das dominium hereditatis d. i. die rechtliche Herrschaft über das erbschaftliche Vermögen; siehe S. 12 Note 1 ff.

[1] l. 151 D. de V. S. (50. 16) Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. Diese Stelle definirt den Begriff der delata hereditas, bestimmt also die technische Bedeutung dieses Ausdrucks. Sonst kommt er auch identisch mit hereditas acquisita vor, z. B. in c. 8 C. de iure del. (6.30), wie überhaupt deferre gleichbedeutend mit acquirere gebraucht wird, vgl. l. 37 D. de contr. emt. (18.1).

[2] Dieser Ausdruck entspricht dem Inhalt des Rechts und ist der übliche, vgl. z. B. Sintenis, gem. Civilr. § 159 u. Schirmer, Erbr. § 5. Einige Juristen bezeichnen das Recht aus der Delation durch Erbrecht, vgl. z. B. Brinz Pand. § 152 und mein System des heutigen röm. Erbr. S. 250, während die herrschende Doctrin unter Erbrecht das Recht versteht, welches für den Erben durch die Acquisition der Erbschaft entsteht; siehe Note 5 ff. Um eine Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „Erbrecht" zu vermeiden, empfiehlt es sich, an dem herrschenden Sprachgebrauch festzuhalten; vgl. Windscheid, Pand. § 536 Note 3.

[3] l. 3 § 2 D. de itin. act. priv. (43.19) . . , in cuius locum hereditate vel emtione aliove quo iure successi . . .

[4] Dieser Ausdruck kommt z. B. vor in l. 20 § 4 D. de A. v. O. H. (29.2).

[5] Vgl. z. B. l. 6 pr. D. de relig. (11.7), l. 37 D. de contr. emt. (18.1), l. 49 D. mand. (17.1), l. 73 D. D. de evict. (21.2), l. 91 D. ad leg. Falc. (35.2).

[6] l. 80 D. de legat. (31), siehe S. 12 Note 4.

ſteht. Das Erbrecht macht den Erben zum dominus hereditatis[1] d. i. zum Subject der Erbſchaft als universitas[2] und per universitatem[3] zum Subject der einzelnen Rechte und Schulden, aus denen ſie beſteht.[4] Deshalb iſt das Erbrecht einerſeits ein ſelbſtändiges Recht, welches der Erbe als dominus hereditatis gegen Jeden, der es für ſich prätendirt, mit einer vindicatio hereditatis verfolgen kann[5], andererſeits der rechtliche Grund, aus welchem ihm die res singulae gehören, in dieſer Eigenſchaft durch titulus hereditarius oder causa hereditaria in den Quellen bezeichnet.[6]

So erwirbt der Erbe nach ſeiner verſchiedenen Familienſtellung zum Erblaſſer die Erbſchaft und das Erbrecht entweder ohne ſein Wiſſen und Wollen iure potestatis, oder mit ſeinem Willen durch die Erklärung des Antritts iure hereditatis v. successionis. Dieſe beiden Titel der Erbfolge ſind als die Titel für den Erwerb der Erbſchaft auch die Titel für den Erwerb des Erbrechts, und das Erbrecht iſt wieder der Titel aus dem der Erbe die res singulae mit dem Titel des Erblaſſers hat.

Fehlt es dem Verſtorbenen an dem natürlichen wie an einem nachgebildeten Familienkreiſe, oder wollen ſeine Familienglieder ihn nicht beerben, ſo iſt ſein Nachlaß ein erbloſes Vermögen (bona vacantia).[7] Hier kommt in Betracht, daß der Menſch in Ermangelung der Familie ſeine nächſte ſittliche Beziehung zu den

---

[1] l. 20 pr. D. de A. v. O. H. (29.2), l. 49 pr. D. de hered. inst. (28.5).

[2] l. 70 D. de V. S. (50. 16) . . . in universum dominium succedit. . . . § 7 I. de hered. qual. (2.19) . . . veteres heredes pro dominis appellabant.

[3] l. 62 D. de A. R. D. (41. 1) . . . per universitatem transeunt . . . ad heredem. § 6 I. per quas pers. (2. 9).

[4] l. 80 D. de legat. (31) . . . hereditas heredis res singulas facit. Dem entſprechend beſtimmt die l. 3 § 2 D. de B. P. (37. 1) den Begriff des prätoriſchen Erbrechts: Bonorum igitur possessionem (scil. agnitam) ita recte definiemus: ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit. Vgl. l. 117 D. de R. I. (50. 17).

[5] l. 3, l. 8, l. 10 § 1 D. de H. P. (5. 3). Gaius II. 120 IV. 17.

[6] c. 1 C. si quis ign. (5. 73), l. 7 pr. D. de tut. (27. 3).

[7] l. 2 § 47 i. f. D. ad S. C. Tert. (38. 17).

öffentlichen Kreisen hat, denen er angehört, und daß ihm die engeren Kreise näher stehen als die weiteren. Deshalb wird im römischen Recht das erbloſe Vermögen zunächst gewissen Collegien oder Corporationen, deren Mitglied der Erblasser war[1], und erst eventuell dem Staate[2] als dem parens omnium[3] zur Nachfolge deferirt. Sie sind heredis loco, d. h. auch bei ihnen bildet das Vermögen als universitas den Gegenstand, und die Universalsuccession die Form der Nachfolge, wie es die Sicherheit des Credits fordert.

Das römische Recht hat den Begriff der Universalsuccession nach den Interessen der Erbschaftsgläubiger einerseits so construirt, daß die Erbschaft in dem Erben ein neues Subject erhält, welches mit dem Erblasser eiusdem iuris et potestatis ist,[4] wie wenn er mit ihm una persona wäre,[5] andererseits so, daß die Erbschaft stets nur ganz, nie blos zu einer Quote Gegenstand der Erbfolge, also auch stets nur ganz, nie zu einer Quote Gegenstand des Concurses werden kann.[6]

Als Universalsuccessor haftet der Erbe aus den Erbschaftsschulden wie der Erblasser in solidum;[7] soll seine Haftung sich auf den Betrag der erbschaftlichen Activa beschränken, so muß er sein Deliberationsrecht zu Gunsten der Gläubiger, deren Befriedigung sich durch die Deliberation verzögert, aufgeben und die

---

[1] Dem Collegium der naviculariі und fabricenses, der Curie, dem Regiment, den Cohortalen und den Kirchen und Klöstern, c. 1. 4. 5 C. de hered. decur. (6. 62), c. 2, 3 C. eod. c. 20 C. de episc. (1. 3). Vgl. Nov. 5 c. 5.

[2] c. 4 C. de bon. vac. (10. 10).

[3] Tacit. Ann. III. 28 . . . velut parens omnium populus vacantia teneret.

[4] l. 59 D. de R. I. (50. 17) Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat.

[5] Nov. 48 pr. . . cum . . . nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius, qui iu eum transmittit hereditatem.

[6] l. 33 i. f. D. de hered. inst. (28. 5) . . . cum non dubitetur, quin, si quis ex parte dimidia heres institutus sit nec praeterea quisquam aliús, ipse ex asse heres institui videatur.

[7] l. 8 pr. D. de A. v. O. H. (28. 2) . . . hereditas quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est.

Erbschaft gegen Unterschlagungen durch Inventarisirung sicher stellen (sog. beneficium inventarii.)[1] Als Universalsuccessor erwirbt der Erbe alle zur Erbschaft gehörigen Rechte, auch die, welche er nach seiner Vermögensrechtsfähigkeit (commercium) durch Singularsuccession nicht erwerben könnte.[2] Damit auch diese Activa nicht aufhören, den Erbschaftsgläubigern für ihre Befriedigung zu haften[3] darf die Erbfolge nur durch die Erbfähigkeit des Erben bedingt sein. Als Universalsuccessor erhält der Erbe alle Bestandtheile der Erbschaft in demselben rechtlichen Zustand, in welchem sie der Erblasser hatte:[4] indem er die Erbschaft als universitas erwirbt, setzt er titulo hereditario die einzelnen erbschaftlichen Rechte und Schulden mit demselben Titel fort, aus welchem sie für den Erblasser entstanden sind, so daß sie keine Veränderung erleiden können, die den Gläubigern nachtheilig ist.[5] Beim Rechtserwerb durch Singularsuccession scheiden die einzelnen Rechte aus dem Vermögen des Autors aus und beginnen im Vermögen des Successors aus dessen Person eine neue selbständige Existenz; bei der Universalsuccession dagegen bleiben die einzelnen Rechte im Vermögen des Erblassers und gehen nur mit diesem Vermögen als Theile desselben auf den Erben über. Es wechseln blos die

---

[1] c. 22 C. de iure delib. (6. 30) Justinian. Vgl. § 6 I. de hered. qual. (2. 19).

[2] l. 62 D. de A. R. D. (41. 1) Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res cuius aliquis commercium non habet: nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur. l. 9 pr. D. de re mil. (49. 16) Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant . . . l. 9 § 1 D. eod. Milites si heredes extiterint, possidere ibi praedia non prohibentur.

[3] Das müßten sie, wenn sie als erblose durch Singularsuccession an den Fiscus kämen.

[4] l. 1 § 1 D. de fundo dot. (23. 5) . . . per universitatem transit praedium (dotale) . . . ad heredem mariti, cum suo tamen iure, ut alienari non possit. Vgl. Note 2.

[5] Der Erbe setzt z. B. die conditio usucapiendi des Erblassers mit dessen Titel fort, so daß nur die fides des Erblassers, nicht des Erben in Frage kommt; ebenso ist z. B. beim Kauf fehlerhafter Sachen nur die Kenntniß des Erblassers relevant. Bruns a. a. O. § 95.

Subjecte, das Vermögen bleibt in ſeinem ganzen Beſtande dasſelbe. Die universitas, welche es bildete, löſt ſich zwar im Vermögen des Erben in ihre Theile auf, weil der Erbe durch die Erbfolge nicht Herr eines fremden Vermögens werden, ſondern ein fremdes Vermögen erwerben d. i. in ſein eigenes aufnehmen ſoll, aber dieſe Auflöſung hat auf die einzelnen Erbſchaftsrechte keinen Einfluß mehr; ſie bleiben im Vermögen des Erben ſo, wie ſie per universitatem in dasſelbe hineingekommen ſind.[1] Der Erbe muß die Erbſchaft als universitas erwerben, um die res singulae ſo zu erwerben, wie ſie der Erblaſſer hatte: ſeine Succeſſion muß eine Univerſalſucceſſion ſein, damit er den Erbſchaftsgläubigern gegenüber eiusdem iuris et potestatis mit dem Erblaſſer iſt. Soweit aber die Conſequenzen der Univerſalſucceſſion dieſe Gleichheit ausſchließen, müſſen dieſelben von den Erbſchaftsgläubigern, wo ſie ihnen nachtheilig ſind, aufgehoben werden können. Deshalb gibt das römiſche Recht ihnen das ſog. beneficium separationis gegen die Vereinigung der Erbſchaft mit dem eigenen Vermögen des Erben, damit ſie jene zunächſt ausſchließlich für ihre Befriedigung beanſpruchen und die eigenen Gläubiger des Erben auf deſſen Vermögen verweiſen können.[2]

Der andere praktiſche Zweck, auf den dieſe Form der Erbfolge gerichtet iſt, beruht auf der Erwägung, daß der Concurs über eine Erbſchaftsquote, bei der Schwierigkeit einen Bruchtheil der erbſchaftlichen Activa zum vollen Werth zu veräußern, die Gefahr einer Verkürzung für die Erbſchaftsgläubiger in ſich ſchließt. Um dieſe Gefahr abzuwenden, muß jeder teſtamentariſche und jeder geſetzliche Erbe als Univerſalſucceſſor mit der Wirkung zu einer Erbſchaftsquote berufen werden, daß ſich ſeine Delation oder Acquiſition auf alle vacanten Theile der Erbſchaft erſtreckt, alſo in Ermangelung aller Miterben die ganze Erbſchaft umfaßt. Dieſes Princip hat das römiſche Recht in voller Schärfe durchgeführt durch den Begriff der Accrescenz oder Anwachſung, die überall zu dem Zweck, die Vacanz von Erbſchaftsquoten zu ver-

---

[1] Bruns a. a. O. § 95.

[2] l. 1 § 1 D. de separ. (42, 6).

hindern, als eine rechtliche Nothwendigkeit eintritt, welche weder der Erblaſſer noch die Erben aufheben können.[1]

Zur Accrescenz kommt es daher im Allgemeinen bei der geſetzlichen Erbfolge, wenn von mehreren berufenen Erben einer oder einige die ihnen deferirte Erbportion aus irgend welchem Grunde nicht erwerben.[2] Bei der teſtamentariſchen Erbfolge liegen dagegen die Vorausſetzungen der Accrescenz nicht blos in dieſem Fall vor,[3] ſondern auch wenn ein Erbtheil gar nicht vergeben iſt,[4] oder als nicht vergeben (pro non scripto) gilt;[5] und ebenſo tritt, wenn demſelben Erben mehrere Portionen zugewandt ſind, Accrescenz ein, ſobald ſie nöthig iſt, um die Gefahr der Vacanz für eine oder einige dieſer Portionen zu beſeitigen.[6] Nie wird die vacante Quote den Inteſtaterben deferirt, weil, wenn ſie repudiirten, der Concurs über dieſe Quote eröffnet werden müßte. Der Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest iſt eine unmittelbare Conſequenz des Princips, nach welchem jeder Erbe lege wie testamento als Univerſalſucceſſor zur Erbſchaft berufen wird. Nach dieſem Princip ſchließt das Teſtament, ſo lange nicht ſämmtliche inſtituirte Erben ausgefallen ſind, nothwendig

---

[1] l. 53 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[2] l. 9 D. de suis et leg. her. (38, 16). Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adirè hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quomius adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio.

[3] l. 60 § 3 D. de hered. inst. (28, 5). Cum quis ex institutis . . . heres non est, pars eius omnibus pro portionibus hereditariis adcrescit. l. 31 D. de A. v. O. H. (29, 2) Heredi cum postumo instituto, reliquae partes adcrescunt, quae postumo datae sunt, si certum sit non esse praegnantem, licet heres ignoret.

[4] l. 13 § 3 D. de H. I. (28. 5): Si alter ex quadrante, alter ex semisse heredes scripti sunt, qui accedit quadrans pro partibus hereditariis eis adcrescit. § 7 I. de hered. inst. (2, 14).

[5] l. 20 § 2 D. eod. Quod si vivus et mortuus ex parte dimidia coniunctim heredes instituti sunt, ex altera alius, aequas partes eos habituros ait, quia mortui pars pro non scripto habetur.

[6] l. 80 pr. § 1 D. de A. v. O. H. (29, 2), l. 33 D. de H. I. (28, 5), l. 52 § 1 D. (29, 2), l. 53 pr. D. eod. l. 76 pr. D. eod. l. 35 pr. D. eod. l. 81 D. eod. l. 59 § 6 D. de H. I. (28, 5). Vgl. § 29.

die Berufung der Inteſtaterben aus:[1] earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus.[2] Nur beim Soldatenteſtament tritt, wenn dies der Wille des Teſtators iſt, die Regel nemo pro parte etc. außer Anwendung: die vacante Portion wird den Inteſtaterben deferirt.[3] Gleichwohl kann ſie auch hier nicht Gegenſtand des Concurſes werden; wenn die Inteſtaterben ſie nicht erwerben können oder wollen, accreſcirt ſie den Teſtamentserben mit der Wirkung, daß ſie die ganze Erbſchaft annehmen oder ablehnen müſſen.[4]

Für den Delaten bewirkt die Accreſcenz bei der geſetzlichen wie bei der teſtamentariſchen Erbfolge, daß er ſeine urſprüngliche und die anwachſende Portion nicht theilen, ſondern nur zuſammen antreten oder repudiiren kann;[5] und für den Erben, der ſeine urſprüngliche Portion bereits erworben hat, bewirkt ſie, daß er auch die anwachſende Portion ohne und gegen ſeinen Willen erwirbt,[6] oder, wenn ſich der Accreſcenzfall erſt nach ſeinem Tode entſcheidet, daß dieſer nothwendige Erwerb für ſeinen Erben eintritt.[7] Darnach kann die Erbſchaft ſtets nur ganz Gegenſtand der Erbfolge oder ganz Gegenſtand des Concurſes werden.

Eine gleiche Fürſorge gewährt das römiſche Recht den Erbſchaftsgläubigern auch in dem Falle, wenn eine bereits erworbene

---

[1] l. 39 D. eod. Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

[2] l. 7 D. de R. I. (50, 17), § 1 I. de hered. inst. (2, 14).

[3] § 5 I. de hered. inst. (2, 14). l. 6. l. 37 D. de test. mil. (29, 1). c. 3 C. h. t. (6, 21.).

[4] arg. l. 17 § 1 D. de test. mil. (29, 1).

[5] l. 1 D. de A. v. O. H. (29, 2) Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. l. 2 D. eod. Vgl. die Stellen S. 16 Note 3 und l. 17 § 1, l. 64, l. 67 D. de hered. inst. (28, 5).

[6] c. un. § 10 C. de caduc. toll. (6, 51). Et hoc et nolentibus ipso iure adcrescat, si suas portiones iam agnoverit, cum sit absurdum eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere. l. 35 pr. D. de A. v. O. H. (29, 2) . . . quoniam invito quoque ei aderescit portio. l. 53 § 1 D. eod. l. 13 § 5 D. eod. c. 6 C. de imp. et de al. subst. (6, 26).

[7] l. 9 D. de suis (38, 16) . . . et licet decesserit, antequam adcresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. l. 26 § 1 D. de cond. (35, 1) . c . un. § 10 C. de cad. toll. (6, 51).

Erbportion vacant wird. Das kann überhaupt nur in zwei Fällen geschehen: durch Abstinenz eines suus und durch i. i. restitutio eines extraneus gegen den Antritt. Sonst gilt das Princip: semel heres, semper heres. Der Erbe kann nicht wieder aufhören, Erbe zu sein,[1] weder durch Veräußerung der Erbschaft, noch durch den Eintritt eines Endtermins oder einer Resolutivbedingung, die der Erbeinsetzung hinzugefügt sind. Diese Nebenbestimmungen gelten pro non adiectis,[2] und die Veräußerung der acquirirten Erbschaft ist nur auf dem Wege der Singularsuccession möglich.[3] Der Erbe muß für immer Erbe bleiben, damit er für immer aus den Erbschaftsschulden obligirt bleibt: seine Liberation und ein Wechsel in der Person des Schuldners könnten den Erbschaftsgläubigern nachtheilig werden.[4] Nur bei der Abstinenz des suus und bei der i. i. restitutio eines heres extraneus gegen den Antritt weicht das Interesse der Gläubiger dem des Erben, aber auch hier muß die Erbschaft, wenn der zurückgetretene Erbe blos Theilerbe war, ganz Gegenstand der Erbfolge oder ganz Gegenstand des Concurses werden. Bei der Abstinenz eines suus hat demgemäß sein Miterbe oder eventuell dessen Erbe nur die Wahl, ob er sich die Accrescenz der erledigten Portion gefallen lassen und die ganze Erbschaft erwerben, oder ob er lieber auch seine ursprüngliche Portion aufgeben und der ganzen Erbschaft entsagen will. Dabei ist noch im weiteren Interesse der Gläubiger bestimmt, daß sie diese Wahl ausschließen und sich die fortdauernde Haftung des Miterben aus seiner ursprünglichen Portion sichern können, wenn sie erklären, daß sie auf seine Haftung aus der anwachsenden Portion verzichten und nur diese selbst für ihre Befriedigung beanspruchen wollen.[5] Ebenso verhält es sich, wenn die

---

[1] l. 89 D. de hered. inst. (28, 5) . . . non potest . . . efficere ut qui semel heres exstitat desinat heres esse.

[2] l. 34 D. eod. § 9 I. h. t. (2, 14). l. 15 § 4 D. de test. milit. (29, 1). Aus der letzten Stelle ergiebt sich, daß diese Nebenbestimmungen nur im Soldatentestament Wirksamkeit hatten; vgl. auch l. 41 D. eod. c. 8 C. h. t. (6, 21).

[3] c. 5. 6 C. de H. v. A. V. (4, 39). l. 2 § 3. 8 D. h. t. (18, 4).

[4] c. 1 C. de revoc. (7, 75), Ulp. XIX. 14.

[5] l. 55, l. 56 D. de A. v. O. H. (29, 2). l. 38 D. eod.

Erbportion eines heres voluntarius durch i. i. restitutio gegen den Antritt vacant wird.[1]

So muß der Erbe ſtets per universitatem die res singulae erwerben, damit die Erbſchaft nie zum Nachtheil der Gläubiger zu einer Quote Gegenſtand des Concurſes werden kann.

Dieſe Duplicität des Erwerbes[2] führt auch zu einer Duplicität der Klagen, die zum Schutz des Erben dienen. Gegen den Beſitzer von erbſchaftlichen Sachen oder Rechten, der behauptet, daß ſie keine Beſtandtheile der Erbſchaft ſeien, oder das Erbrecht des Erben leugnet, ohne es für ſich zu prätendiren, muß der Erbe die ſ. g. Singular- oder Specialklagen (singularum rerum petitiones oder speciales iu rem actiones)[3] aus den einzelnen verletzten Erbſchaftsrechten anſtellen:[4] denn hier iſt unter den Parteien der Erwerb dieſer res singulae beſtritten, alſo vom Kläger zu beweiſen, daß ſie dem Erblaſſer gehörten und von dieſem auf ihn durch Univerſalſucceſſion übergegangen ſind. Dagegen von einem Erbprätendenten, der dem Erben Erbſchaftsſachen oder Rechte vorenthält, muß er mit der ſ. g. Univerſalklage (actio de universitate)[5] d. i. mit der hereditatis petitio das dominium hereditatis vindiciren, weil hier der Erwerb der Erbſchaft als universitas unter den Parteien ſtreitig iſt[6] und daher vom Kläger bewieſen werden muß. Singularklagen, bei welchen das ſtreitige Erbrecht incidenter zu entſcheiden iſt, kann der Erb-

---

[1] l. 61 D. de A. v. O. H. (29, 2).

[2] Bruns a. a. O. § 95 a. E.

[3] l. 1 pr., l. 27 § 3 D. de R. V. (6, 1).

[4] c. 4 C. in quib. caus. cess. l. t. p. (7, 34) . . qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emptore vel donato seu alio titulo res quae hereditariae sunt vel fuerunt possident, . . . ab his successio vindicari non possit . . . l. 42 D. de H. P (5, 3). Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petione.

[5] l. 1 pr. D. de R. V. (6, 1).

[6] l. 9 D. de H. P. (5, 3) Regulariter definiendum est eum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam, l. 10 licet minimam. Itaque qui ex asse vel ex

prätendent mit der exceptio si praeiudicium hereditati non fiat zurückweisen[1] und den Kläger zur Anstellung der hereditatis petitio nöthigen, wenn er sein Erbrecht verfolgen will.[2] Die Billigkeit fordert, daß die unter ihnen bestrittene Frage, wer in der That Erbe sei, durch Eine Klage ein für alle Mal erledigt wird,[3] daß der Erbschaftsbesitzer sich nicht gegen eine Mehrzahl von Vindicationen in verschiedenen Processen vertheidigen muß,[4] zumal in denselben widersprechende Urtheile über die Erbenqualität ergehen könnten.[5]

So sehr aus den dargelegten Gründen die Form der römischen Erbfolge dem praktischen Bedürfniß entspricht, so wäre es doch ein großer Mangel, wenn das Vermögen eines Verstorbenen nur per universitatem an seine gesetzlichen oder testamentarischen Erben gelangen könnte. Es muß dem Erblasser möglich sein, den Genuß der Erbschaft dem Erben früher oder später wieder zu entziehen und einem Andern zu Theil werden zu lassen, und er muß auch Personen blos mit einzelnen Vermögensstücken bedenken können. Das römische Recht hat diese Anforderungen erkannt: das Universal- und Singularvermächtniß und die Schen-

---

parte heres est, intendit quidem hereditatem suam esse totam vel pro parte. l. 3, l. 11 pr. § 1 — l. 13 pr. D. eod.

[1] l. 5 § 2 D. eod. Eorum iudiciorum quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praeiudicium eius iudicii fieri debeat. l. 12 pr. C. h. t. (3, 31) . . . exceptio adsumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praeiudicium . . . Gaius IV. 133.

[2] In l. 13 D. de exc. (44. 1) heißt es deßhalb, die Einrede sei futuri iudicii nomine eingeführt.

[3] l. 13 § 4 D. de H. P. . . ne (possessor) singulis iudiciis vexaretur. Im alten römischen Recht hatte die Einrede auch noch den formalen Grund, dem Centumviralgericht, welches bei angestellter h. p. über das Erbrecht des Klägers für alle erbschaftlichen Verhältnisse durch ein und dasselbe Urtheil zu entscheiden hatte, diese Competenz ungeschmälert zu erhalten und zu verhindern, daß nicht durch andere Klagen über specielle Rechtsverhältnisse, bei denen die Frage über dieses Erbrecht incidenter zu erörtern war, diese specielle Sache dem Erbschaftsgerichte entzogen wurde: c. 12 pr. h. t. . . . magnitudo etenim et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi.

[4] Auf diese Unbilligkeit stützt die Einrede Gaius IV. 133.

[5] Vgl. Francke, Comment. über den Pandektentitel de Hered. Pet. S. 79 ff.

kung auf den Todesfall haben die Bestimmung sie zu realisiren.

Der Erblasser kann seinem Erben durch letztwillige Verfügung die Auflage machen, die erworbene Erbschaft ganz oder zu einer Quote sofort oder beim Eintritt eines dies oder einer conditio an eine andere Person herauszugeben. Diese letztwillige Verfügung heißt fideicommissum hereditatis, Universalfideicommiß oder Universalvermächtniß, der Erbe, dem die Auflage gemacht ist, fiduciarius, und der Dritte, dem er die Erbschaft restituiren soll, fideicommissarius, Universalfideicommissar oder Universalvermächtnißnehmer. Hier ist der fiduciarius als Erbe der unmittelbare Universalsuccessor des Erblassers; seine Erbfolge heißt deshalb hereditas directa und er selbst directer Erbe. Durch die restitutio hereditatis d. i. durch die Erklärung an den fideicommissarius, daß er ihm die Erbschaft herausgebe, hört der fiduciarius dem Effect nach auf, Erbe zu sein, und der fideicommissarius tritt an seine Stelle: er ist, soweit er die Erbschaft erhält, heredis loco als mittelbarer Universalsuccessor des Erblassers. Diese durch den fiduciarius vermittelte Erbfolge des fideicommissarius heißt hereditas fideicommissaria, heute indirecte Erbfolge, und der fideicommissarius wird Fideicommißerbe oder indirecter Erbe genannt.[1]

Wie durch Universalvermächtniß, so kann der Erblasser die Universalsuccession des Erben auch durch letztwillige Verfügungen mindern, in welchen blos einzelne Vermögensstücke dritten Personen zugewandt sind, z. B. das Eigenthum einer Sache, eine Servitut oder eine Forderung. Diese letztwilligen Verfügungen, die nur eine Singularsuccession bezwecken, heißen legata oder (singularum rerum) fideicommissa, heute Singularvermächtnisse; und die Person, der sie zugewandt sind, wird legatarius oder fideicommissarius, Singularvermächtnißnehmer genannt.[2] Sie setzen wie die Universalver-

[1] Vgl. § 2 sqq. I. de fideic. hered. (2. 23).

[2] pr. I. de sing. reb. per fideic. rel. (2. 24). § 3 I. de legat. (2. 20). c. 2 C. comm. de legat. (6. 43).

mächtniſſe einen directen Univerſalſucceſſor voraus, der gleichmäßig in die Activa und Paſſiva des Nachlaſſes eintritt. Bei einer Vergabung blos der activen Vrrmögensbeſtandtheile würden die Gläubiger für die zurückbleibenden Schulden nicht nur keinen neuen Schuldner erhalten, ſondern auch die Mittel zur Tilgung derſelben verlieren. Um der Schulden willen müſſen daher die Zuwendungen durch Singularvermächtniß von dem Eintritt der Erbfolge[1] und zugleich von der Solvenz der Erbſchaft abhängig ſein. Bei Inſolvenz der Erbſchaft würde das Vermächtniß den Gläubigern, deren Recht die geſammten Activa des Erblaſſers ergreift, ein Zahlungsmittel entziehen, alſo einer alienatio in fraudem creditorum gleich ſtehen. Aus dieſem Grunde können Vermächtniſſe nur zum Nachtheil des Erben[2] den Nachlaß vermindern, nicht zum Nachtheil der Gläubiger; ſie ſind ungültig wenn der Nachlaß inſolvent iſt.[3] Sie können ferner niemals das eigene Vermögen des Erben belaſten, ſondern nur die Erbſchaft:[4] denn letztwillige Liberalitäten vermag der Erblaſſer nur ſoweit zu gewähren, als ſein Vermögen dazu ausreicht, alſo nur unter der ſtillſchweigenden Bedingung, daß die bona, quae deducto aere alieno supersunt, noch ihre Zahlung geſtatten.

Die Berufung zu einem Vermächtniß bewirkt, wie die Berufung eines heres extraneus zur Erbſchaft, die Delation des Vermächtniſſes.[5] Dieſe giebt auch hier dem Berufenen das Wahl- und damit das Deliberationsrecht, ob er das Vermächtniß agnosciren oder repudiiren will.[6]

---

[1] l. 21 § 1 D. quando dies leg. (36. 2) . . . quoniam certum esset herede existente debitum iri: neque enim per conditionem heredum fieri incerta legata, nec multum interesse tale legatum ab hoc: si heres erit, dato.

[2] l. 116 pr. D. de leg. (30). Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

[3] l. 17 D. de m. c. don. (39. 6) . . . legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint.

[4] l. 114 § 3 D. de leg. (30) . . quia placet, non plus posse rogari quem restituere quam quantum ei relictum est.

[5] l. 7 D. de leg. (30) Legatum servo delatum dominus potest repudiare.

[6] l. 15 D. de reb. dub. (34. 5) . . . deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit lega-

Dieſes Wahlrecht kann man nach Analogie der Erbberechtigung die Vermächtnißberechtigung nennen, als das Recht, vermöge deſſen der Delat Vermächtnißnehmer werden kann, wenn er will. Die Quellen bezeichnen es wie die Klage, durch welche das Vermächtniß nach der Agnition geltend gemacht wird, durch den Ausdruck petitio legati.[1] Repudiirt der Delat, ſo geht die Vermächtnißberechtigung unter, agnoscirt er aber, ſo erhält er jetzt das Recht, welches er dadurch hat, daß er Vermächtnißnehmer iſt. Dieſes Recht iſt eine Forderung auf das Vermachte und bildet den Titel für den Erwerb deſſelben, wenn es in ſein Vermögen gekommen iſt. Es heißt in den Quellen ius oder titulus legati v. fideicommissi.[2] Danach und nach Analogie des Erbrechts kann es heute als Vermächtnißrecht bezeichnet werden.

Einen gleichen Zweck wie das Vermächtniß hat die m. c. donatio:[3] die Schenkung auf den Todesfall oder von Todeswegen, die von der Thatſache abhängig gemacht iſt, daß der Geber den Empfänger nicht überlebt.[4] Auch ſie kann auf Zuwendung des ganzen Vermögens oder einer Vermögensquote gerichtet ſein, oder aber blos auf Zuwendung einzelner Vermögensrechte, des Eigenthums, eines ius in re oder einer Forderung;[5] und auch bei ihr vollzieht ſich dieſe Zuwendung an den Empfänger definitiv erſt beim Tode des Gebers.[6] Aber ſie iſt ein anderes Mittel zur Erreichung dieſes Zwecks, als das Vermächtniß.[7]

Die m. c. donatio hat nicht die Natur eines letzten Willens.

---

tarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet.

[1] c. 3 C. quando dies leg. (6. 53). l. 7 pr. D. h. t. (36. 2).

[2] l. 91 pr. D. ad leg. Falc. (35. 2) . . . res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi . . . accipit. c. 6 pr. C. de sec. nupt (5. 9).

[3] Das Vermächtniß wird deshalb auch als eine Schenkung definirt und das Wort legatum begreift auch das fideicommissum und die m. c. donatio, l. 36 D. de leg. (31), l. 87 D. h. t. (32).

[4] l. 35 § 2 D. de m. c. don. (39. 6).

[5] l. 29, l. 34. 35 § 7 l. 42 D. eod.

[6] l. 32. D. eod. Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. l. 42 § 1 D. eod.

[7] Windſcheid, Pand. § 675.

Sie ist ein sich unter Lebenden vollziehendes Rechtsgeschäft, durch welches der Geber mit warmer Hand[1] aus seinem gegenwärtigen Vermögen, nicht aus seiner Erbschaft eine Vergabung macht: praesens praesenti dat.[2] Der Umstand, daß sie die Gleichheit des Zwecks mit dem Vermächtniß theilt, fordert, daß alle für die Vermächtnisse geltenden Vorschriften, welche in dem Zweck und Erfolg derselben ihren Grund haben, auch auf die m. c. donatio Anwendung finden: so das Recht der Falcidischen Quart,[3] die Vorschriften über die Verletzung des Notherbenrechts,[4] die Regel, nach welcher die Gültigkeit eines Vermächtnisses durch die Solvenz der Erbschaft bedingt ist,[5] u. s. w. Dagegen den Rechtsregeln, welche sich in der Natur des Vermächtnisses als letzten Willen gründen, darf die m. c. donatio nicht unterworfen sein; an Stelle derselben müssen für sie die Grundsätze der Schenkung gelten, unter deren Gattungsbegriff sie als einzelne Art derselben steht.[6] Die m. c. donatio fordert demgemäß weder active noch passive testamenti factio,[7] und kann auch als eine unwiderrufliche errichtet werden.[8] Es giebt bei ihr keinen Onerirten, auf den die bezüglichen Vorschriften der Vermächtnißtheorie angewandt werden könnten; ihr Bestand ist deshalb unabhängig von dem Schicksal des Nachlasses, er wird durch die Erbloſigkeit desſelben nicht berührt. Eine m. c. donatio, deren Gegenstand das ganze Vermögen oder eine Vermögensquote bildet, bewirkt keine Universalsuccession des Beschenkten; es gilt für sie wie für die donatio bonorum inter vivos der Satz: non plus est in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno.[9] Endlich bewirkt die m. c. donatio keine Delation: sie gewährt dem

---

[1] Trendelenburg a. a. O. § 143.

[2] l. 38 D. de. m. c. don. (39. 6).

[3] l. 42 D. eod. c. 5 C. ad leg. Falc. (6. 50).

[4] l. 3 pr., l. 5 § 7, l. 20 pr. D. de leg. praest. (37. 5).

[5] l. 17 D. de m. c. don. (39. 6)

[6] pr. I. de donat. (2. 7). Donationum autem duo genera sunt, mortis causa et non mortis causa. l. 67 § 1 D. de V. S. (50. 16).

[7] l. 25 § 1 D. h. t. (39. 6), l. 7 § 4 D. de don. (39. 5).

[8] l. 35 § 4 D. h. t. (39. 6).

[9] l. 72 pr. D. de iure dot. (23. 3). Vgl. c. 15. 22 C. de don. (8. 53). l. 17 § 1 D. quae in fraud. credit. (42. 8).

Beschenkten keine bloße facultas acquirendi, sondern unmittelbar einen Vermögenserwerb, der nur von der Thatsache abhängig ist, daß der Schenker ihn nicht überlebt.[1] Eine Delation tritt nur ein, wenn die Berufung zum Nachlaß durch das Gesetz, durch eine Erbeinsetzung oder durch ein Vermächtniß erfolgt. Deßhalb haben diese drei Formen des erbrechtlichen Erwerbes einen besonderen Namen. Alle übrigen Erwerbungen von Todeswegen fallen unter den Begriff der m. c. capiones[2]. Unter diesen unterscheidet sich die m. c. donatio von den übrigen durch das Erforderniß des praesens praesenti dat.[3]

An und für sich müßte die m. c. donatio auch in formeller Beziehung der Schenkung unter Lebenden gleichgestellt sein.[4] Justinian hat aber wegen ihrer Verwandtschaft mit dem Vermächtniß bei Schenkungen, deren Werth 500 Ducaten übersteigt, dem Schenker die Wahl gegeben, ob er Insinuation in Anwendung bringen, oder ob er fünf Zeugen zuziehen will, wie sie bei der Errichtung eines Vermächtnisses durch Kodizill erforderlich sind.[5]

Hiernach kann das Vermögen eines Verstorbenen in drei Formen auf die Ueberlebenden übergehen: durch directe Universalsuccession auf die Erben, durch indirecte Universalsuccession auf die Universalvermächtnißnehmer und durch Singularsuccession auf die Singularvermächtnißnehmer und auf die m. c. Beschenkten.

Die Rechtsvorschriften, nach welchen dieser Uebergang erfolgt, bilden das Erbrecht im obj. S. Die Stelle, welche dasselbe im System des römischen Privatrechts einnimmt, und das System für seine eigene Darstellung ergeben sich aus der bisherigen Ausführung.

---

[1] l. 42 § 1 D. de m. c. don. (39. 6) . . . et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi peremta.

[2] l. 31 pr. § 2, l. 36 D. de m. c. don. (39. 6), l. 8 pr. D. eod. l. 18 pr. § 3 D. eod. l. 21 D. eod.

[3] l. 38 D. eod.

[4] Im vorjustinianischen Recht war dies auch der Fall, Vatic. fr. § 249; c. 1 C. Th. de don. (8. 12).

[5] c. 4 C. de m. c. don. (8. 56), § 1 I. de don. (2. 7).

Das Privatrecht zerfällt in das Vermögensrecht und in das Familienrecht. Das Vermögensrecht ordnet die Rechtsverhältnisse, in welchen der Mensch in seiner Eigenschaft als Einzelner andern Einzelnen gegenübersteht: dies sind die Rechtsverhältnisse an Sachen und die Forderungsverhältnisse. Es begreift deshalb das Sachenrecht und das Obligationenrecht. Das Familienrecht regelt die Rechtsverhältnisse, in welchen der Mensch in seiner Eigenschaft als Familienglied steht: dies sind die ehelichen Verhältnisse, die Eltern- und Kindesverhältnisse und die Verhältnisse der Beerbung als Ausfluß des Familienbandes. Es umfaßt deshalb neben dem ehelichen Recht und dem Eltern- und Kindesrecht auch das Erbrecht.

Die systematische Darstellung des Erbrechts hat drei Hauptlehren in folgender Anordnung zu erörtern:

I. Die Lehre von der Erbfolge. Sie zerfällt in einen allgemeinen und in einen besonderen Theil. Der besondere Theil behandelt das System der einzelnen Arten der Erbfolge, welche das römische Recht kennt: die Intestaterbfolge, die testamentarische Erbfolge und die Notherbfolge. An sie schließt sich die Universalsuccession des Fiscus in das Vermögen eines Verstorbenen. In dem allgemeinen Theil, der dem besonderen voraufgehen muß, sind dagegen die Begriffe und Lehren zu entwickeln, welche sich auf alle Arten der Erbfolge beziehen. Die Bestandtheile des allgemeinen Theils sind daher: die Lehre vom Nachlaß, von der Delation und von der Acquisition der Erbschaft, und die Lehre vom Schutz des Erbrechts.

II. Die Lehre von den Vermächtnissen. Auch sie muß in einem allgemeinen und in einem besonderen Theil abgehandelt werden. Der besondere Theil enthält die Theorie der einzelnen Arten der Vermächtnisse, der ihm vorauszuschickende allgemeine Theil die ihnen gemeinsamen Lehren vom Begriff des Vermächtnisses, von der Berufung zum Vermächtniß, von der Delation und Acquisition des Vermächtnisses, und vom Schutz des Vermächtnißrechts.

III. Die Lehre von der Schenkung auf den Todesfall. Das umfaßende Maß, in welchem die Rechtsgrund-

sätze der Vermächtnisse auf diese Schenkung übertragen sind, stellt auch sie in das Gebiet des Erbrechts. [1]

[1] Vollständige Darstellungen des römischen Erbrechts enthalten folgende Werke: v. Hartitzsch, das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten bearbeitet nach Haubold 1827. Vering, Röm. Erbrecht in hist. u. dogmat. Entwickelung 1861. Tewes, System des Erbrechts nach heut. röm. Recht. Zum akademischen Gebrauch 1863. 1864. Rivier, Traité élémentaire des successions a cause de mort en droit romain. Bruxelles 1878. Eine treffliche übersichtliche Darstellung des röm. Erbrechts giebt Bruns, das heut. röm. Recht § 86 ff. in v. Holtzendorffs Encyclop. d. Rechtsw. Bd. 1. Neben diesen Werken sind folgende beiden particularrechtlichen Arbeiten, die das röm. Recht zur Grundlage haben, hervorzuheben: Unger, das Oesterreichische Erbrecht, in seinem System des Oesterreich. allgem. Privatrechts Bd. 6, 2. Aufl. 1871 und Gruchot, Preußisches Erbrecht in Glossen zum Allgem. Landr. auf röm. u. german. Grundlage unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen, 3 Bde. 1865—1876. Besondere Rücksicht auf das röm. R. nimmt auch Fr. Mommsen's Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. 1876.

Zu den unvollendeten Bearbeitungen des röm. Erbrechts zählen: Hunger, Das röm. Erbrecht 1834 (Lehre von der Delation und Acquisition der Erbschaft): Mayer, die Lehre von dem Erbrecht nach heutigem röm. Recht I. Th. 1840 (Lehre von der Erbfolge) und die Lehre von den Vermächtnissen 1. Lieferung 1854); Beckhaus, Grundzüge des gem. Erbrechts I. Abth. 1861, (Lehre von der Berufung zur Erbschaft); Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts I. Th. 1863 (Allgemeine Lehren und die Instetaterbfolge); Koeppen, System des heut. röm. Erbrechts, 2 Lieferungen 1862 u. 1864 (Geschichtliche Entwickelung des röm. Erbrechts als Einleitung, die Lehre vom Nachlaß und einen Theil der Lehre von der Delation der Erbschaft). —

Philosophische Darstellungen enthalten: Gans, das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwickelung Bd. II. 1825; Lassalle, das Wesen des röm. u. germ. Erbrechts in histor. philosoph. Entwickelung, in seinem System der erworbenen Rechte Bd. II. 1861. Vgl. auch v. Dalwigk, Versuch einer philos. jurist. Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des röm. Rechts, neuer Gesetzgebungen und mehrerer Landesstatuten mit Gesetzesvorschlägen 3 Bde. 1820—1822.

Erstes Buch.

Die Lehre von der Erbfolge.

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Lehren.

Erstes Capitel.

Vom Nachlaß.

I. Die Erbschaft.*

§ 1.

Eine Erbschaft besteht aus den activen und passiven Vermögensbestandtheilen des Erblassers, einschließlich der bedingten und betagten, soweit sie nicht seiner physischen Person inhäriren, und aus seinen Delationen mortis causa,[1] die eine vererbliche Vermögens-

---

* Vgl. Glück, Ausführl. Erläut. d. Pand. Bd. 43. S. 4—38. Koeppen, System § 1 S. 169 ff.

[1] Bedingte und betagte Vermögensverhältnisse inter vivos sind vererblich, wenn sie als unbedingte und unbetagte vererblich sein würden; bedingte Honorirungen auf den Todesfall sind unvererblich, l. 6 pr. D de peric. et comm. (18. 6), § 4 I. de V. O. (3. 15), l. 3. 5 D. quando diès leg. (36. 2), l. 1 pr. § 1. 2, l. 79 pr. § 1 D. de cond. et dem. (35. 1). Delationen m. c. entstehen nicht blos durch die Berufung eines heres extraneus und eines Vermächtnißnehmers, vgl. Einleit. S. 9 Note 6. S. 22 Note 5 ff., S. 25, sondern auch durch die Berufung zur Quarta Falcidia und Trebelliana, durch die Berufung des arrogatus impubes zur Quarta Divi

acquiſition ermöglichen,[1] mit Ausnahmen der Erbſchaftsdelationen.[2] Die Rechte aus dieſen Delationen ſind keine Vermögensrechte;[3] ſie gehören zu den res, quae extra nostrum patrimonium habentur,[4] weil ſie nur eine occasio acquirendi gewähren.[5] Deshalb können ſie, wie bei Lebzeiten des Erblaſſers, auch nach ſeinem Tode von den Gläubigern nicht für ihre Befriedigung in Anſpruch genommen werden.[6]

Die Rechte und Verbindlichkeiten, die ſich in den öffentlichen und in den Familienverhältniſſen des Menſchen gründen, ſind ihrer Natur nach an ſeine phyſiſche Perſon geknüpft; ſie gehen daher mit ſeinem Tode unter.[7] Dieſelbe perſönliche Natur haben auch

---

Pii und durch die Berufung der armen Wittwe, deren Recht dem des arrogatus impubes nachgebildet iſt, l. 15 D. de reb. dub. (34. 5), l. 2 § 1 D. fam. herc. (10. 2) Si quarta ad aliquem ex constitutione divi Pii arrogatum deferatur... Nov. 53 c. 6 pr., Koeppen in v. Jhering's Jahrbb. Bd. 5 S. 218 ff. und Syſtem § 3 S. 267 ff.

[1] Vererbliche Delationen ſind die Vermächtnißdelationen, wenn vererbliche Rechte vermacht ſind, l. 5 pr. § 1 D. quando dies leg. (36. 2), l. 2—4 D. eod. c. 3 C. h. t. (6. 53) ... petitionem ad heredem transmisit licet ante decesserit, quam consequeretur legatum vel fideicommissum. Den Vermächtnißdelationen ſtehen gleich das Recht auf die Quarta Falcidia, Trebelliana, divi Pii und das Recht der armen Wittwe, weil dieſe Rechte die Natur eines geſetzlichen Vermächtniſſes haben.

[2] c. un. § 5 C. de cad. toll. (6. 51) ... hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur. Ausnahmen treten ein in den ſ. g. Transmiſſionsfällen (§ 23 ff.)

[3] Die Vermächtnißberechtigung ſo wenig wie die Erbberechtigung. Deshalb begreift die Erbſchaft nicht blos die pecunia defuncti, vgl. Einleit. S. 2 Note 3.

[4] Ueber die Eintheilung der Rechte (nicht der Sachen) in res, quae in nostro patrimonio sunt und quae extra nostrum patrimonium habentur vgl. pr. I. de R. D. (2. 1). Gaius II. 1.

[5] Die Delation eines Vermögenserwerbs begründet für den Delaten ſtets nur das Wahlrecht, den Erwerb zu agnosciren oder zu repudiiren, alſo ſtets nur eine occasio acquirendi, l. 31 pr. D. de m. c. don. (39. 6); vgl. l. 5 § 5 D. de I. D. (23. 3), l. 5 § 13, 14 D. de donat. i. v. e. u. (24. 1).

[6] l. 6 pr. § 4 D. quae in fraud. cred. (42. 8) l. 19 20 D. eod., l. 134 pr. D. de R. I. (50. 17), l. 28 pr. D. de V. S. (50. 16). Das Nähere über die Natur der Delationen ſ. § 4. § 23 u. f.

[7] Bei den Familienrechten und Familienpflichten einer Perſon, die beim Tode derſelben nicht ganz aufhören, ſondern an andere Perſonen kommen,

einzelne Vermögensrechte und gewisse dingliche Rechte, Forderungen und Schulden, die zu den res, quae extra nostrum patrimonium habentur, zählen.

Die Vermögensrechte dieser Art sind die persönlichen Servituten,[1] die iure singulari erworbenen persönlichen Privilegien,[2] und diejenigen Forderungen und Schulden, welche Leistungen zum Gegenstande haben, die nur an den ursprünglichen Creditor und nur von dem ursprünglichen Debitor gemacht werden können.[3] Dagegen die concreten Vermögensansprüche und

---

erfolgt deren Nachrücken nicht iure hereditario, sondern iure proprio, weil sie jetzt die Stellung des Verstorbenen in der Familie einnehmen. So bei der tutela legitima und beim Dotations- und Alimentationsanspruch, die beide dem Berechtigten zunächst nur eine facultas acquirendi geben und demgemäß dem Verpflichteten nur ein officium auflegen, das sich bei dessen Tode auf andere Familienglieder überträgt, c. 7 C. de prom. dot. (5. 11), l. 6 D. de coll. (37. 6), c. 8 § 4 C. de bon. quae lib. (6. 61), l. 5 § 2 § 15 D. de agn. et al. lib. (25. 3); vgl. aber auch l. 5 § 17 D. eod. u. Seuffert, Arch. Bd. 6. Nr. 205. Die nach gemeiner Praxis bestehende Alimentationspflicht des unehelichen Vaters ist aber vererblich, obwohl ihr obligatorischer Grund nicht das delictum stupri, sondern die natürliche Verwandtschaft ist. Sie muß, da uneheliche Kinder juristisch keine väterlichen Ascendenten haben, auf welche diese Pflicht als eine familienrechtliche übergehen könnte, eine vermögensrechtliche und damit vererbliche Verbindlichkeit sein, wie bei den Concubinenkindern nach röm. Recht, Nov. 89 c. 12 § 6; vgl. Wächter, Arch. f. civ. Pr. Bd. 25 S. 396, auch Bd. 12 Nr. 7, u. Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 255, Bd. 6 Nr. 47, Bd. 11 Nr. 42.

[1] l. 3 § 3 D. quib. mod. ususfr. am. (7. 4), l. 1 § 43 D. de aqua quot. (43. 20), l. 26 D. de stip. serv. (45. 3).

[2] l. 196 D. de R I. (50. 17), l. 68 D. eod. Zu den Ausnahmsrechten, die nach singulärer Rechtsvorschrift gewissen Rechtsverhältnissen nur so lange inhäriren, als gewisse Personen ihr Subject sind (privilegia personae im Gegensatz zu den privilegia causae, die dauernd mit gewissen Rechtsverhältnissen verbunden sind) gehören z. B. das beneficium competentiae, l. 23—25 D. de re iud. (42. 1) und ein Theil der privilegia exigendi, Puchta, Pand. § 248. Privilegien aus einer constitutio personalis gehen stets mit dem Individuum — Person oder Sache —, dem sie verliehen sind, unter.

[3] Z. B. ein zu bestellender Nießbrauch, l 38 § 10—12 D. de V. O. (45. 1), oder die Leistungen eines Dienstboten aus der locatio conductio operarum, vgl. Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 2 § 106.

die ihnen entſprechenden Verbindlichkeiten, welche auf Grund einer perſönlichen Servitut oder eines perſönlichen Privilegiums entſtanden ſind, haben wegen ihrer Selbſtändigkeit eine von ihrer Quelle unabhängige Dauer. Sie werden deshalb beim Tode des Berechtigten bezw. des Verpflichteten in gleicher Weiſe Beſtandtheile ſeiner Erbſchaft,[1] wie die Forderungen und Schulden aus Verträgen, die der Tod des Creditors und Debitors auflöſt, weil ihnen ein perſönliches Vertrauensverhältniß zu Grunde liegt.[2] Solche ſelbſtändigen Vermögensanſprüche ſind auch die Klagen aus den vererblichen dinglichen Rechten.[3] Sie erlöſchen nicht, wenn das dingliche Recht, aus dem ſie hervorgegangen ſind, beim Kläger untergeht,[4] und ebenſowenig durch den Tod des Beklagten, ſofern nicht der Beſitz des Beklagten eine zu ihrer Begründung erforderliche Vorausſetzung iſt. Die rei vindicatio und die ihr analogen Klagen aus der bonae fidei possessio, Emphiteuſis, Superficies und dem Pfandrecht müſſen als Klagen gegen den Beſitzer durch den Tod des Beklagten untergehen, er müßte denn erſt nach der Erhebung der Klage geſtorben ſein; dann haften ex commisso defuncti auch

---

[1] l. 5 § 4 D. si usus fr. pet. (7. 6) .. etsi mortuus fuerit fructuarius heredi eius actionem praeteritorum dumtaxat fructuum dandam Pomponius ... scribit. Wie die actio confessoria geht z. B. auch das perſönliche privilegium exigendi eines Gläubigers, der nach eröffnetem Concurſe ſtirbt, als ein ius quaesitum auf ſeine Erben über; ebenſo werden bei privilegia personalia aus constitutiones personales die iura quaesita Beſtandtheile der Erbſchaft.

[2] l. 27 § 3 D. mand. (17. 1) morte. ... solvitur mandatum. l. 65 § 9 D. pro socio (17. 2) Morte unius societas dissolvitur. l. 58 § pr. D. mand. ... mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. l. 65 § 9 D. pro socio ... quod ex ante gesto pendet, tam ab herede quam heredi praestandum est. l. 6 § 6 D. de his qui not. inf. (3. 2).

[3] l. 51 D. de O. et A. (44. 7) Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi. l. 178 § 3 D. de V. S. (50. 16) Hoc verbum debuit omnem omnino actionem comprehendere intelligitur. Die l. 49 D. eod. zählt daher neben den dinglichen Rechten auch die actiones in rem (petitiones) als beſondere Vermögensrechte auf.

[4] arg. l. 25 § 8 D. de H. P. (5. 3), l. 36 § 3 D. eod. l. 27 § 8 D. de R. V. (6. 1); vgl. Bekker in ſeinem u. Muther's Jahrb. Bd. 4 S. 178 ff. S. 200 ff.

die nicht besitzenden Erben. Sonst können diese Klagen gegen den Erben nur durch dessen eigenen Besitzerwerb von Neuem begründet werden.[1] Dagegen die actio confessoria und negatoria setzen nicht nothwendig einen Besitzer als Beklagten voraus: soweit sie dies nicht thun,[2] wird daher auch die Verbindlichkeit des Beklagten[3] bei seinem Tode eine Erbschaftsschuld.[4]

Zu den res, quae extra nostrum patrimonium habentur, die beim Tode des Menschen keine Bestandtheile seiner Erbschaft werden, gehören außer der Erbberechtigung aus der Delation einer Erbschaft gewisse dingliche Rechte und gewisse Obligationen.

Solche dingliche Rechte sind das Recht des Besitzes (ius possessionis),[5] welches dem Besitzer nur einen processualischen Vortheil, das commodum possessoris im iudicium petitorium, gewähren soll,[6] und die Rechte an den Grabstätten (iura sepul-

---

[1] l. 42 D. de R. V. (6. 1), l. 51, l. 55 D. eod. l. 36, l. 52 D. eod. l. 25 § 11, l. 31 pr. D. de H. P. (5. 3).

[2] l. 4 § 5, l. 10 § 1 D. si serv. vind. (8. 5). Siehe dagegen l. 6 D. si usufr. pet. (7. 6)

[3] l. 4 § 2, l. 6 § 6 D. si serv. vind. (8. 5).

[4] Vgl. Bekker a. a. O. S. 196 ff. A. M. v. Savigny System d. heut. röm. R. Bd. 5 S. 203.

[5] l. 1 § 15 D. si is qui testam. lib. (47. 4) ... possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. Der antretende Erbe muß also den Besitz apprehendiren; dies ergiebt sich aus l. 1 § 15 cit. u. l. 23 pr. D. de A. v. A. P. (41. 2). Die conditio usucapiendi des Erblassers dauert allerdings in seiner Erbschaft fort, aber iure singulari ohne possessio, vgl. § 2 Seite 53. Manche Juristen nehmen nach der Rechtsentwickelung in Deutschland die Vererbung des Besitzes an, z. B. Pfeiffer, Prakt. Ausf. Bd. 1 Nr. XV. S. 201 ff. Aus der Darstellung dieser Entwickelung bei Cosack, der Besitz des Erben (1877) S. 89 ff. läßt sich nicht entnehmen, daß die Vererbung des Besitzes gemeines Gewohnheitsrecht geworden ist; vgl. über diese Schrift Brinz, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 20 S. 155 ff.

[6] An die bloße Thatsache des Besitzes d. i. der factischen Ausübung des Eigenthums oder eines ius in re aliena knüpft das röm. Recht nur diese processualische Wirkung; die vermögensrechtlichen Wirkungen des Besitzes haben neben dieser Thatsache stets noch anderweitige Voraussetzungen, sind also durch einen qualificirten Besitz bedingt. Die processualische Wirkung beruht auf folgender Vorschrift des Proceßrechts: wer mit dem Besitzer über das von ihm ausgeübte dingliche Recht streiten will,

crorum), die sich, weil sie keine ökonomische Bestimmung haben,

muß in diesem Proceß die Rolle des Klägers und damit das onus probandi übernehmen, der Besitzer hat die vortheilhaftere Rolle des Beklagten (commodum possessoris): er ist frei vom Beweise und behält den Besitz, wenn der Kläger das eingeklagte Recht nicht beweisen kann, l. 1 § 3 D. uti possid. (43. 17), l. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7. 6), § 4 I. de interd. (4. 15), l. 128 pr. D. de R. I. (50. 17). Diese Vorschrift giebt implicite dem Besitzer, damit ihm das commodum possessoris nicht eigenmächtig entzogen werden kann, ein ius possessionis l. 44 pr. D. de A. v. A. P. (41. 2), l. 2 § 38 D. ne quid in loco publ. (43. 8) mit der Pflicht für Jedermann, den Besitzer nicht im Besitz zu stören und ihm den Besitz nicht zu entziehen, geschützt durch die interdicta retinendae und recuperandae possessionis. Dieses ius possessionis ist als ein Recht zum Schutz eines processualischen Vortheils kein Vermögensrecht, sondern muß nach seinem Zweck als ein Proceßrecht bezeichnet werden, l. 119 D. de R. I. (50. 17), l. 4 § 1 D. de al. iud. mut. c. (4. 7), l. 1 § 4 D. de A. v. A. P. (41. 2). Die interdicta possessoria sind daher Proceßklagen, keine Vermögensklagen. Sie gehen zwar auf Ersatz des Geldwerths, den der Besitzer, durch die Störung oder Entziehung des Besitzes verloren hat, sonst würde ihm der Besitz nicht restituirt, l. 1 pr., l. 3 § 11 D. uti possid. (43. 17), l. 6 pr. D. de vi (43. 16), aber die Verurtheilung in diesen Geldwerth ist, weil sie nur die Vorbereitung des iudicium petitorium bezweckt, blos eine temporäre; siegt der Verurtheilte im petitorium, so muß ihm Alles zurückerstattet werden; haec interdicta praeparant causam et ad possessionem temporariam pertinent, l. 1 § 44 D. de aqua quot. (43. 20). Im iudicium possessorium über die Interdicte handelt es sich nur um die processualische Frage: welche Partei ist Besitzer und deshalb der Beklagte in iudicio petitorio. Die vermögensrechtliche Frage: welcher Partei gehört das streitige dingliche Recht, darf im Besitzproceß überhaupt nicht verhandelt werden; der Richter muß deshalb alle petitorischen Einreden (exc. dominii, servitutis, hypothecaria) ex officio abweisen. Dieser Schutz des Besitzes rechtfertigt sich durch folgende Erwägung. Alle dinglichen Rechte mit Ausnahme des hypothekarischen Pfandrechts können durch den Erwerb des Besitzes (occupatio oder traditio) erworben werden. Dieser Erwerb setzt zwar noch andere Thatsachen voraus, aber der Besitz ist eine von diesen Thatsachen. Deshalb muß nach Proceßrecht der Besitzer ohne Rücksicht auf die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit seines Besitzes mehr Recht haben, als der Nichtbesitzer, weil er mehr bewiesen hat, vgl. Bruns, Besitzklagen S. 289; ob er auch nach Vermögensrecht mehr Recht, also das factisch ausgeübte dingliche Recht rechtmäßig erworben hat, das ist in iudicio petitorio zu entscheiden: l. 2 D. uti possid. (43. 17) Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet. Diesem Grunde des Besitzschutzes ent-

jedem vermögensrechtlichen Verhältniß entziehen.[1] Das Recht des Besitzes hört mit dem Tode des Besitzers ganz auf, weil mit ihm die thatsächliche Rechtsausübung aufhört, welche den Begriff des Besitzes ausmacht;[2] die Begräbnißrechte dagegen, die den Anspruch auf unverletzte Erhaltung des Grabes und auf Bestattung noch anderer Todten in demselben geben,[3] gehen beim Tode des Berechtigten nicht unter, sondern auf andere Personen über, aber nicht iure hereditario als Bestandtheile seiner Erbschaft, sondern iure proprio unabhängig von seinem Vermögen auf gewisse Familienglieder.[4]

---

spricht die Beschränkung desselben auf die Rechte, welche durch occupatio oder traditio vel quasi erworben werden können.

[1] l. 1 pr. D. de D. R. (1. 8) ... Divini iuris sunt res sacrae et religiosae. ... Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est. l. 12 § 1 D. de relig. (11. 7), l. 23 § 1, l. 43 D. de R. V. (6. 1). c. 4 C. de relig. (3. 44), l. 14 D. de servit. (8. 1), l. 4 D. comm. praed. (8. 4), l. 22 § 4 D. quod vi aut clam (43. 24), c. 2. 9 C. de relig. (3. 44), l. 4 D. de mort. inf. (11. 8).

[2] Die für den Besitzer bereits begründeten interdicta possessoria werden aber Bestandtheile seiner Erbschaft. Für das interdictum de vi ist die active Vererblichkeit in l. 1 § 44 D. de vi (43. 16) anerkannt; es läßt sich nicht absehen, weshalb sie beim interdictum de precario und bei den interdicta retinendae possessionis ausgeschlossen sein sollte, v. Vangerow, Pand. Bd. 3 S. 636; v. Ihering, Grund des Besitzschutzes S. 36 ff.; Bruns, Besitzklagen S. 67 ff. Die Vererblichkeit der interd. ret. poss. hält Windscheid, Pand. § 159 Note 6b für zweifelhaft und Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 1 § 46 Note 16 verneint sie.

[3] Geschützt durch die actio sepulcri violati und durch das interdictum de mortuo inferendo, l. 6 D. de sep. viol. (47. 12), l. 1 § 1—10 D. de mort. inf. (8. 11), l. 2 § 2 D. de interd. (43. 1).

[4] An die Erben des Berechtigten gelangen sie nur, weil die Erben zu seiner Familie gehören, l. 20 § 5 D. de A. v. O. H. (29. 2), c. 8 C. de relig. (3. 44). Bei einem Erbbegräbniß kommen sie auch an die Descendenten, welche sich der Erbschaft enthalten und selbst an die, welche exheredirt sind; andererseits bleiben sie bei den Erben, wenn von diesen die Erbschaft als Universalvermächtniß oder wegen Indignität restituirt werden muß. Bei einem Familienbegräbniß kommen sie an die Erben und an die Agnaten des Berechtigten, l. 5 D. de relig. (11. 7), l. 10 D. de sep. viol. (47. 12), l. 6 pr. D. de relig. (11. 7), § 9 I. de R. D. (2. 1), l. 42 § 1 D. ad S. C. Treb. (36. 1), l. 33 D. de relig. (11. 7). In beiden Fällen sind die Begräbnißrechte veräußerlich und können auch durch letzt-

Auch unter den Obligationen sind diejenigen extra patrimonium nostrum und unvererblich, welche keinem ökonomischen, sondern nur einem öffentlichen oder sittlichen Zwecke dienen sollen. Sie werden erst vererbliche Vermögensbestandtheile, wenn sie nach römischem Recht durch Litiscontestation,[1] nach heutigem Recht durch Erhebung der Klage[2] den Character contractlicher Forderungen und Schulden angenommen haben.

Solche Forderungen sind im römischen Recht die actiones populares, mit denen der Einzelne gemeingefährlichen Handlungen

---

willige Verfügung fremden Personen an Stelle der lege berechtigten zugewandt werden, l. 22—24 D. de contr. emt. (18. 1), l. 10. 11 D. de relig. (11. 7), c. 14 C. de legat. (6. 37), l. 3 § 3 D. de sep. viol. (47. 12), c. 8. 13 C. de relig (3 44). Diese Vorschriften haben noch heute gemeinrechtliche Geltung, obwohl die Auffassung der Begräbnisse als res divini iuris weggefallen ist. Die Kirchhöfe im Ganzen stehen zwar im Eigenthum der Gemeinde und können auch Gegenstand anderer Vermögensrechte sein, die ihrer Bestimmung nicht widersprechen, z. B. von Wegeservituten, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 140, Glück, a. a. O. Bd. 2 S. 407, aber das Recht an den einzelnen Grabstätten ist bei uns ebenfalls nur ein auf die röm. iura sepulcrorum eingeschränktes Gebrauchsrecht, kein Vermögensrecht, sonst müßte es bei Insolvenz des Berechtigten zu der Concursmasse gehören, die zur Befriedigung der Gläubiger dient, Glück, a. a. O. Bd. 11 S. 400, Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 180, Bd. 32 Nr. 7. Dasselbe gilt von Grabstätten auf eigenem Grund und Boden. Bei unserer heutigen Anschauung von der Familie ist aber im Zweifel anzunehmen, daß bei Familienbegräbnissen die iura sepulcrorum auch den bloßen Cognaten zustehen, sowie daß nach dem Vorgange des canonischen Rechts die Ehefrau bei Erb- und bei Familienbegräbnissen den Anspruch auf ein gemeinsames Grab mit dem verstorbenen Ehemann hat, c. 3 § 1 de sepult. in VI to (3. 12). Eine gleiche juristische Natur wie den iura sepulcrorum wird man dem Benutzungsrecht an erblich verliehenen Kirchenstühlen zuschreiben müssen. An sich steht es unter den Grundsätzen der superficies. Es hat aber keinen ökonomischen Zweck; deshalb kann es kein Vermögensrecht sein. Dieser Umstand schließt seine Veräußerlichkeit nicht aus, aber er wird auch hier die Wirkung haben müssen, daß seine Vererbung innerhalb der Familie des Berechtigten erfolgt, unabhängig von der Erbfolge in sein Vermögen, Leyser, Med. ad Pand. spec XII. 4, Glück, a. a. O. Bd. 2 S. 484, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 210. Bd. 11 Nr. 272.

[1] l. 139 pr. D. de R. I. (50. 17).

[2] Reichscivilproceßordnung § 239; vgl. § 230. 460. 461. 471 Abs. 2. 633. Mandry, der civilr. Inhalt der Reichsgesetze (1878) S. 187 ff.

gegenüber das öffentliche Intereſſe vertritt,[1] und die ſ. g. actiones vindictam spirantes,[2] die, weil ſie durch eine dem Kläger zugefügte perſönliche Kränkung begründet werden, nur Satisfaction für ihn bezwecken.[3] Der Tod des Klägers macht den öffentlichen bzw. ſittlichen Zweck dieſer Klagen unmöglich, deshalb gehen ſie mit

---

[1] l. 1, l. 7 pr. D. de pop. act. (47. 23), l. 43 § 2 D. de proc. (3. 3), l. 12 pr. D. de V. S. (50. 16).

[2] Zu ihnen gehören insbeſondere die actio iniuriarum, sepulcri violati, de calumniatoribus, de effusis et deiectis wegen Beſchädigung eines freien Menſchen, die Klage auf Rückgabe einer Schenkung propter ingratitudinem und auf die Vermögensſtrafen der Eheſcheidung, l. 13 pr. D. de iniur. (47. 10), l. 6. 8. 10 D. de sep. viol. (47. 12), l. 9 D. de relig. (11. 7), l. 4 D. de calumn. (3. 6), l. 5 § 5 D. de eff. et dei. (9. 3), c. 7. 10. C. de rev. don. (8. 55), Nov. 117 cap. 8. 9, c. 11 § 1 C. de rep. (5. 17), Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 57. Zwei andere actiones vindictam spirantes haben ihren Urſprung in der gemeinrechtlichen Praxis: die Klage auf Schmerzensgeld und die Deflorationsklage, Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 138, Bd. 13 Nr. 31, Bd. 9 Nr. 164. Manche Gerichte ſprechen dem Gegenſtand dieſer beiden Klagen den Charakter der Privatſtrafe ab und legen ihm die Natur der Schadloshaltung bei, um darauf ihre active und paſſive Vererblichkeit zu ſtützen, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 220, Bd. 9 Nr. 36, Bd. 10 Nr. 52. Der juriſtiſche Begriff des Schadens beſchränkt ſich auf das Vermögen. Nur ein Vermögensnachtheil läßt ſich in Geld äſtimiren und erſetzen. Verletzungen des Körpers, der Ehre oder eines Affectionsintereſſes fallen nicht unter den Begriff des Schadens, weil ſie ſich nicht in Geld äſtimiren und nicht durch Geld repariren laſſen. Sie können deshalb nur eine Obligation auf Privatſtrafe, nicht auf Schadenserſatz begründen, Kierulff, Theor. d. Civilr. S. 227. Seitz, Unterſ. üb. d. heut. Schmerzensgeldsklage S. 164 ff., S. 181 ff., Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 232; vgl. auch Binding, die Normen. I. S. 170 ff. — Eine act. vindictam spirans von beſonderer Natur iſt die nicht zu den actiones in personam zählende querela inofficiosi testamenti, inſofern ſie dem Kläger Genugthuung gegen den Teſtator gewähren ſoll und deshalb nicht auf Strafe des Beklagten geht; ſie wird ſchon vererblich durch ihre ſ. g. Präparation, l. 6 § 2, l. 7 D. de inoff. test. (5. 2), c. 10. 34 C. h. t. (3. 28).

[3] l. 28 D. de iniur. (47. 10) Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur, l. 2 § 4 D. de collat. (37. 6) ... magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. l. 6 D. de sep. viol. (47. 12) ... cum haec actio (sepulori violati) non ad rem familiarem eiusdem, magis ad ultionem pertineat.

demselben unter.[1] Die anderweitigen römischen Delictsklagen setzen eine Läsion im Vermögen des Klägers, also eine Handlung voraus, die nicht blos die Person des Klägers trifft; aus diesem Grunde bleiben sie bei seinem Tode in seiner Erbschaft zurück.[2]

Die Schulden, welche nach ihrem Zweck an der Person des Schuldners haften, sind ohne Ausnahme die Delictsschulden.[3] Alle Delictsschulden sind Strafschulden, die das Unrecht durch eine Privatstrafe ausgleichen[4] und den Delinquenten durch die Strafe bessern sollen.[5] Sein Tod schließt diesen Zweck der Strafe aus. Deshalb müssen alle Delictsschulden mit dem Tode des Schuldners erlöschen: nicht blos diejenigen, welche keine Vermögensbeschädigung durch den Delinquenten voraussetzen (actiones populares und vindictam spirantes[6]), sondern auch die, welche durch eine solche Beschädigung bedingt sind, mögen sie über den Betrag des zugefügten Schadens hinausgehen (s. g. actiones mere poenales und mixtae[7]), oder sich auf die Verbindlichkeit zum Schadensersatz beschränken (s. g. actiones rei persecutoriae ex delicto[8]). Für alle diese Fälle gilt der Satz: in poenam heres non succedit[9].

Dieser Satz involvirt eine Härte bei den Delictsschulden, aus welchen die Strafe dem Gläubiger nur Entschädigung, keine Bereicherung gewähren soll. Es ist unbillig, wenn er auch diese von den Erben des Schuldners nur dann und nur in dem Maße erlangen kann, als ihm darauf noch eine actio rei persecutoria zusteht:[10] denn die Verbindlichkeit zur Entschädigung hat an sich mit

---

[1] l. 32 D. ad leg. Falc. (35. 2).

[2] § 1 I. de perp. et temp. act. (4. 12), l. 1 § 1 D. de priv. del. (47. 1).

[3] l. 22 D. de O. N. N. (39. 1) ... in poenam heres non succedit.

[4] l. 131 pr. D. de V. S. (50. 16). Poena est noxae vindicta.

[5] l. 20 D. de poen. (48. 19).

[6] l. 8 pr. D. de pop. act. (47. 23), l. 13 pr. D. de iniur. (47. 10).

[7] l. 1 pr. D. de priv. del. (47. 1).

[8] l. 23 § 8 ad leg. Aquil. (9. 2).

[9] l. 1 pr. D. de priv. del. (47. 1). Aber nicht auch für die Verpflichtung zu einer Conventionalstrafe, die als die rechtliche Folge eines Vertrages im juristischen Sinne keine Strafschuld ist, weil sie keine Delictsschuld ist, l. 77 D. de V. O. (45. 1).

[10] l. 10 pr. D. comm. div. (10. 3), l. 23 § 8 D. ad leg. Aquil. (9. 2).

der Verbindlichkeit aus Verträgen gleiche Natur.[1] Deshalb sind diese Delictsschulden durch das canonische Recht, welches die öffentliche Verfolgung aller Delicte wollte,[2] ihres pönalen Charakters entkleidet und den reiperſecutorischen Schulden durch die Vorschrift gleichgestellt, daß die Erben des Schuldners dem Gläubiger iuxta facultates suas condigne satisfaciant.[3] In Folge einer irrigen Usualinterpretation ist es aber bei dieser Gleichstellung nicht geblieben. Man verstand von jeher die nichtssagenden Worte iuxta facultates suas als gleichbedeutend mit iuxta facultates hereditatis, und dieses Verständniß wurde gemeines Gewohnheitsrecht. Auf Grund desselben sinkt also der Betrag jener Schulden beim Tode des Schuldners, wenn er vor der Erhebung der Klage stirbt, auf den Betrag der erbschaftlichen Activa herab, während beim Tode des Gläubigers die Delictsforderungen auf Schadensersatz in ihrem ganzen Umfange auf die Erben übergehen. Dieses Gewohnheitsrecht, dem auch die blos mittelbar durch ein Delict begründeten quasicontractlichen Schulden unterstellt werden müssen,[4] nachdem die in Rede stehenden Obligationen ihre Delictsnatur verloren haben, findet seine Rechtfertigung in dem Umstande, daß Schulden des Erblassers aus meistens im Verborgenen begangenen Delicten seinem deliberirenden Erben leicht ohne dessen Verschulden unbekannt bleiben können.[5]

Heute sind die gemeinrechtlichen Delictsobligationen auf Privatstrafe insoweit aufgehoben, als sie Materien betreffen, welche Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuchs sind.[6] In andern Materien haben sie ihre Geltung behalten, sofern nicht besondere Gründe derselben

---

[1] Vgl. v. Savigny, System Bd. 5 S. 59.

[2] Vgl. die Glosse zu C. 6 qu. l. c. 17 s. v. fures.

[3] c. 5 X de rapt. incend. (5. 17). Vgl. C. 16 qu. 6 c. 3, c. 9 X. de usur. (5. 19), c. 14 X de sep. (3. 28), c. 28 X. de sent. excomm. (5. 39); v. Savigny, System Bd. 5 S. 53.

[4] Z. B. die Schuld des Diebes aus der conditio furtiva, Glück, a. a. O. Bd. 43 S. 37. A. M. Windscheid, Pand. § 359 Nr. 2 Note 14.

[5] v. Savigny, System Bd. 5 S. 52 Note o.

[6] Die Vorschrift in § 2 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zum Reichsstrafgesetzbuch, nach welcher durch dasselbe das Landesstrafrecht insoweit ausgeschlossen wird, als es Materien betrifft, welche Gegenstand des Reichsstraf-

entgegenstehen.[1] Diese und die Delictsobligationen auf Schadensersatz stehen hinsichtlich der Vererblichkeit auch gegenwärtig noch unter den Grundsätzen des römischen und canonischen Rechts.[2]

---

gesetzbuchs sind, hat eine doppelte Auslegung erfahren. Manche Juristen und Gerichte sind der Meinung, das Strafrecht bilde nur die Anordnung öffentlicher Strafen, deshalb habe jene Vorschrift den Privatstrafen des gemeinen Rechts ihre Geltung nicht entzogen, Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 35, Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 142; andere begreifen unter dem Landesstrafrecht der gemeinrechtlichen Länder auch die Privatstrafen, Meyer, Lehrb. d. Strafr. § 101 Note 11, Windscheid, Pand. § 326, Stobbe, deutsch. Privatr. III. § 199, Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 239. Diese im Text adoptirte Ansicht entspricht dem Standpunkt des modernen Rechts vor dem R.-Str.-G. Dasselbe wollte bei einer mit öffentlicher Strafe bedrohten Handlung den Anspruch auf Privatstrafe verneint und den in seinem Vermögen Verletzten auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt wissen, Heffter, Lehrb. d. Strafr. § 32, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 220, Bd. 2 Nr. 48, Bd. 3 Nr. 171. In Folge dessen wurde manchen Privatstrafen die Anwendung entzogen, aber zu einer principiellen Aufhebung kam es nicht, vgl. Windscheid, Pand. § 326 und die dort Note 5 citirte Literatur. Einzelne blieben stets in Uebung wie die actio iniuriarum aestimatoria, die Klage auf die Ehescheidungsstrafen, auf Schmerzensgeld, die Defloration sklage u. a., Heffter, a. a. O. § 306. 307. 445. 283. Gegenwärtig haben durch das R.-Str.-G. auch von ihnen noch manche ihre Geltung verloren, namentlich die actio iniuriarum, die actio de effusis et deiectis wegen Beschädigung eines Menschen, die actio de calumnia, die actio legis Aquiliae, die actio sepulcri violati, und auch die Klage auf Schmerzensgeld: wenn man es als Strafe auffaßt, weil das R.-Str.-Ges. diese Strafe der Körperverletzung nicht erwähnt, wenn als Entschädigung durch die nach § 231 des R.-Str.-G. erkannte Buße, vgl. Windscheid, Pand. § 472 Note 7a, § 457 Note 4, § 471 Note 5, § 455 Note 23, § 456 Note 14, § 455 Note 31. 32. Der Anspruch auf Buße, der nach dem R.-Str.-G. § 188 und 231 bei Beleidigungen und Körperverletzungen dem Betroffenen zusteht, hat nach der R.-Str.-Pr.-O. § 444 Abs. 4 den Charakter einer actio vindictam spirans: er kann von den Erben des Betroffenen nicht erhoben oder fortgesetzt werden, vgl. Stobbe a. a. O. III. S. 385 a. E. Windscheid, Pand. § 326 Note 11. Die Forderung des Staats auf eine erkannte öffentliche Geldstrafe kann in dem Nachlaß nur vollstreckt werden, wenn das Urtheil vor dem Tode des Verurtheilten rechtskräftig geworden ist, R.-Str.-G. § 30.

[1] Wie bei den actiones populares, weil heute das öffentliche Interesse nur von den den Staat repräsentirenden Behörden verfolgt werden kann. Kierulff a. a. O. S. 217. Wächter, Strafr. I. § 110 Anm. 52.

[2] Z. B. von den action. vindictam spirantes die Defloration sklage

Nach ihren Bestandtheilen setzt die Existenz einer Erbschaft den erweislich eingetretenen oder im Fall der Verschollenheit den rechtlich vermutheten Tod [1] einer vermögensfähigen Person voraus. Wer vermögensunfähig ist, kann weder actives Vermögen noch

---

und die Klage auf die noch praktischen Ehescheidungsstrafen, Stobbe a. a. O. § 204 Nr. 5, Windscheid, Pand. § 493 Note 7, § 510 Note 1, und von den Delictsklagen auf Schadensersatz das interdictum de vi und de mortuo inferendo, Windscheid, Pand. § 160, § 468. — Durch die neuen Reichsgesetze sind nur in geringem Maße Privatstrafen eingeführt, z. B. durch das R.-G. vom 11. Juni 1870 § 54. 55 für den, der unbefugter Weise ein dramatisches oder musikalisches Werk öffentlich aufführt, Stobbe a. a. O. § 199 Note 10.

[1] Nach gemeinem deutschen Gewohnheitsrecht, wie es im XVII. und XVIII. Jahrh. entstanden ist, wird, wenn es sich um die Beerbung eines Verschollenen handelt, präsumirt, daß er bis zum zurückgelegten 70. Jahre gelebt hat und an seinem 71. Geburtstage gestorben ist. Von diesem Tage datirt daher seine Erbschaft, nicht erst vom Tage der richterlichen Todeserklärung: diese ist nur ein declaratorisches Decret, welches lediglich bestätigt, daß die Voraussetzungen für die Todespräsumtion eingetreten sind. Nach den Untersuchungen von Bruns über die Verschollenheit in Bekkers und Muthers Jahrb. d. gem. deutsch. R. Bd. 1 S. 90 ff. steht jetzt dieses Gewohnheitsrecht außer Zweifel. Die heutige Praxis der Gerichte ist gleichwohl noch eben so schwankend wie früher. Die richtige Ansicht haben die Erkenntnisse in Seufferts Arch. Bd. 3 Nr. 298 und in den Blättern für Rechtsanwendung in Bayern Bd. 25 S. 376. Andere Gerichte sehen erst den Tag der Todeserklärung als den Todestag des Verschollenen an, Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 31, Bd. 22 Nr. 8, Bd. 35 Nr. 177.

Auch die Möglichkeit der Todesannahme vor dem 70. Jahre, falls die Umstände den früheren Tod dringend vermuthen lassen, ist in der Praxis anerkannt worden, Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 356 sub 3.

Für den Fall, wo die Verschollenheit erst nach dem 70. Lebensjahre eintritt, hat sich im gemeinen Recht keine feste Ansicht gebildet. Mit Rücksicht auf Psalm 90, 10 und die Ulpianische Lebenstabelle in l. 68 D. ad leg. Falc. (35. 2) rechtfertigt es sich aber, hier mit Ueberschreitung des 80. Jahres oder, wenn auch dieses Alter vor die Verschollenheit fällt, nach je fünf Jahren der Abwesenheit die Todespräsumtion eintreten zu lassen, Bruns a. a. O. S. 186. 201.

Ueber die Präsumtionen des röm. Rechts für die Priorität des Todes bei mehreren Commorienten ist einerseits zu vergleichen v. Savigny, Syst. Bd. 2 S. 20 und v. Vangerow, Pand. § 33 Anm. 2, andererseits Kierulff, Theorie d. gem. Civilr. S. 91, auch Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 125.

Rechte erwerben, die eine occasio acquirendi gewähren. Deshalb kann er bei seinem Tode keine Erbschaft haben.[1] Er kann zwar gültig Schulden contrahiren, weil es möglich ist, daß er noch vermögensfähig wird und die zur Tilgung der Schulden erforderlichen Activa erwirbt, aber mit seinem Tode, der diese Möglichkeit aufhebt, gehen seine Schulden unter. Eine vermögensfähige Person kann dagegen auch eine Erbschaft hinterlassen, die nur aus Schulden besteht. Die Insolvenz des Vermögens schließt die Existenz einer Erbschaft nicht aus.[2] Ebensowenig eine donatio omnium bonorum, durch welche der Schenker schon inter vivos sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen veräußert hat. Diese Veräußerung bewirkt keine Universalsuccession für den Beschenkten; ihren Gegenstand bildet nur das active Vermögen nach Abzug der Schulden.[3] Der Schenker wird verpflichtet, an den Beschenkten alle einzelnen Rechte, die er schon hat und die er später erwirbt, zu übertragen; es verbleiben aber bei ihm die Schulden und, um die Schulden von den Activen in Abzug zu bringen, hat er eine Forderung (actio praescriptis verbis), daß der Beschenkte ihn gegen die Gläubiger vertrete, soweit die geschenkten Activa reichen.[4] Daher kann der Schenker bei seinem Tode immer noch vererbliche Rechte und Verbindlichkeiten hinterlassen: seine noch nicht getilgten Schulden, die actio praescriptis verbis auf Tilgung derselben und seine noch nicht auf den Beschenkten übertragenen Rechte. Diese Vermögensstücke machen seine Erbschaft aus.[5] Der Umstand, daß

---

[1] Die Vermögensfähigkeit fehlt heute nach canonischem Recht dem Ordensgeistlichen, der Alles für sein Kloster erwirbt, C. 19 qu. 3 c. 7; c. 2 X de testam. (3. 26). Vgl. Hellmann, das gemeine Erbrecht der Religiösen (1874) S. 25 ff.

[2] l. 3 pr. D. de B. P. (37. 1).

[3] l. 72 pr. D. de iure dot. (23. 3) ... non plus est in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno. l. 39 § 1 D. de V. S. (50. 16). Bona intelliguntur eiusque quae deducto aere alieno supersunt.

[4] l. 12 D. de donat. (39. 5), l. 28 D. eod. v. Savigny a. a. O. Bd. 4 S. 138. 141.

[5] v. Savigny a. a. O. Bd. 4 S. 142 faßt irrthümlich die Schenkung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens als einen Erbvertrag auf; er übersieht, daß bei einem Erbvertrage, in welchem der eine

hier der Erbe im günstigsten Fall nichts lucriren kann, sondern noch Schulden des Erblassers bezahlen muß, wenn diese den Betrag der Schenkung übersteigen, hindert die Existenz einer Erbschaft nicht. Eine Erbschaft ist das Vermögen eines Verstorbenen (ius demortui), gleichviel ob es solvent oder insolvent ist: ihr Erwerb kann daher auch für den Erben nachtheilig sein.[1]

Die Vorschriften über die Wirkungen der donatio omnium bonorum haben ihren Grund in den Schulden des Schenkers. Bei den Schulden kommt, so lange der Schuldner lebt, nicht blos das active Vermögen in Betracht, welches für sie haftet, sondern auch der Credit, der sich an die Persönlichkeit des Schuldners knüpft. Deshalb darf bei der Veräußerung des ganzen Vermögens nicht die universitas der Gegenstand der Veräußerung sein, sonst würde der Schuldner über den nur ihm geschenkten Credit disponiren können. Hat aber der Tod des Schuldners sein persönliches Creditverhältniß und seine persönliche Haftung aufgehoben, so muß nun den Gegenstand der Erbfolge sein Vermögen als universitas bilden: die Rechte müssen mit ihrem Werth für die Schulden haften[2], und der Wechsel des Subjects in der universitas muß

Contrahent den andern für sein ganzes Vermögen zum Erben ernennt, neben dem Vertragserben kein anderweitiger Erbe möglich ist. Vgl. Puchta Vorl. § 71, Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 7 S. 143, Hartmann, Zur Lehre von den Erbvertr. u. gemeinschaftl. Testam. S. 7. 15 ff.

[1] l. 119 D. de V. S. (50. 16) Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio. l. 3 pr. D. de B. P. (37. 1) ... suscipiturque eius rei commodum et incommodum, ... sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum ...

[2] Die von Birkmeyer, über das Vermögen im juristischen Sinne Erlangen 1879, S. 256 ff. aufgestellte Behauptung, die Bestandtheile einer hereditas seien nur die Rechte nicht auch die Schulden des Erblassers) der Erbe hafte für diese nicht, weil er in die Schulden succedire, sondern nach positiver Vorschrift der XII. Taf. c. 26 C. de pact. (2. 3,) c. 7 C. de act. her. (4. 16), c. 1 C. de exc. (8. 35), kann hier wohl auf sich beruhen. Wenn es bei den Römern eine Zeit gab, wo die Obligationen nur persönliche Creditverhältnisse waren, die mit dem Tode des Gläubigers wie des Schuldners erloschen, so mußte freilich später, als der Verkehr ihre Fortdauer forderte, die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers vorgeschrieben werden. Mit dieser Vorschrift mußten dann aber die Schulden

ſo geſchehen, daß der Erbe mit dem Erblaſſer eiusdem iuris et potestatis iſt.[1]

Dieſe universitas bezeichnen die Römer im alten ius civile durch familia und hereditas,[2] im prätoriſchen und im ſpäteren Recht abwechſelnd durch bona und hereditas[3] und, wo ſie als Gegenſtand der Univerſalſucceſſion für den Erben in Betracht kommt, auch durch ius demortui, omne ius mortui oder universum ius defuncti.[4] Die einzelnen Rechte, welche die Erbſchaft begreift, nennen ſie res hereditariae,[5] und die Schulden incommoda oder onera hereditaria und aes alienum defuncti.[6] Von den Rechten heißen die Eigenthumsrechte corpora (res corporales), alle übrigen dinglichen und perſönlichen Rechte iura (res incorporales).[7] Es kann daher auch eine Erbſchaft sine ullo corpore exiſtiren.[8]

---

nothwendig Beſtandtheile der Erbſchaft werden und im Intereſſe der Gläubiger mit den Activen eine universitas bilden, wie dies in der Einleitung ausführlich erörtert und nach den citirten Stellen nicht zu bezweifeln iſt; vgl. Brinz, Pand. 1. Aufl. Abth. 2. § 153, Windſcheid, Pand. § 528 Note 4.

[1] Einleit. Seite 13 ff.

[2] Gaius, II. 104. 166. l. 195 D. de V. S. (50. 16).

[3] Gaius, III. 14. l. 3 pr. D. de B. P. (37. 1), l. 208 D. de V. S. (50. 16).

[4] l. 24 D. de V. S. (50. 16), l. 62 D. de R. I. (50. 17), l. 37 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[5] Gaius, II. 9.

[6] l. 6 § 6 D. de edendo (2. 13), l. 32 pr. D. ad S. C. Vellei. (16. 1), l. 21 § 1 D. de neg. gest. (3. 5), l. 38. 42 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2).

[7] l. 2 § 3 D. de H. v. A. V. (18. 4), l. 18 § 2 D. de H. P. (5. 3), Gaius II. 35, III. 85.

[8] l. 50 pr. D. de H. P. (5. 3) Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. l. 3 § 1 D. de B. P. (37. 1).

II. Hereditas iacens.*

§ 2.

Hereditas iacens, ruhende oder liegende Erbschaft nennt man den Nachlaß in der Zeit vom Tode des Erblassers bis zum Erwerb durch den Erben. Ist der berufene Erbe ein suus, so erhält die Erbschaft sofort beim Tode des Erblassers ein neues Subject.[1] Wird dagegen der Erblasser von einem postumus suus beerbt, der erst mit seiner Geburt,[2] oder von einem extraneus, der erst mit dem Antritt die Erbschaft erwirbt, so hat sie in der Zwischenzeit kein Subject, von welchem die Erbschaftsrechte ausgeübt und die Erbschaftsschulden eingezogen werden können. Sie befindet sich also in einem Zustand der Ruhe. Die Quellen sagen deshalb von ihr in dieser Zeit hereditas iacet oder bona hereditaria vacua sine domino iacent,[3] und von den einzelnen erb-

* Vgl. v. Savigny, System Bd. 2 S. 363 ff. (1840). Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 40 ff. (1843). v. Ihering, Abh. aus d. röm. R. S. 147 ff. (1843). v. Scheurl, Beitr. zur Bearb. d. röm. R. S. 147 ff. (1853); dazu Pagenstecher in d. Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 21 ff. Windscheid in d. krit. Ueberschau Bd. 1 Nr. 8 (1853). Kuntze, die Obligat. u. d. Singularsuccession S. 376 ff. (1856). Koeppen, die Erbschaft S. 25 ff. (1856) u. System § 2 (1862). Windscheid, Die Actio S. 233 ff. (1856). Schirmer, Erbr. § 3 (1863), Unger in der krit. Ueberschau Bd. 6 S. 157 ff. Dworzak, zur Lehre von d. juriſt. Persönl. d. ruh. Erbsch. (1863). Schmidt (von Ilmenau), die Persönlichkeit d. Sclaven. Akad. Progr. (1868). v. Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 408 ff. (1871). Bruns a. a. O. § 94. Pernice, Labeo Bd. 1 § 358 ff. (1873). Marcusen, die Lehre von der hereditas iacens in ihrem Zusammenhang mit der alten usucapio pro herede (1883); dazu Pfersche in der krit. Vierteljahrsschrift B. 27 S. 319 (1885).

[1] l. 14 D. de suis et leg. her. (38. 16), § 3 I. de hered. quae ab int. (3. 1).

[2] l. 3 D. si pars hered. (5. 4). Aus dieser Stelle ergiebt sich, daß l. 153 D. de V. S. (50. 16), l. 231 D. eod. und ähnliche Stellen nur von der Fürsorge zu verstehen sind, durch welche dem postumus Rechte, die er erwerben würde, falls er schon geboren wäre, auf die Zeit seiner Geburt reservirt werden, daß sie nicht mit dem Grundsatz in Widerspruch stehen, nach welchem die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit seiner Geburt beginnt, l. 1 § 1 D. de insp. vent. (25. 4), l. 9 § 1 D. ad leg. Falc. (35. 2).

[3] l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43. 24), l. 1 pr. D. de succ. ed. (38. 9).

ſchaftlichen Rechten und Schulden: res hereditariae sunt nullius oder sine domino.[1] Nach den Worten hereditas iacet hat die moderne Jurisprudenz den Ausdruck hereditas iacens, ruhende oder liegende Erbſchaft gebildet.

Dieſe Herrenloſigkeit hindert weder die Fortdauer des erbſchaftlichen Vermögens, noch die Möglichkeit, daß ſich daſſelbe um Rechte und Schulden vermehrt und vermindert. Rechte und Schulden können auch ohne Subject beſtehen, und das Vermögen, welches ſie bilden, kann in einem gewiſſen Umfang auch ohne die Mitwirkung eines Subjects in ſeinen Beſtandtheilen einen Zugang wie einen Abgang erfahren. Subjective Rechte ſind durch das objective Recht gewährte und geſchützte Ermächtigungen zu gewiſſen Handlungen (facultates); als ſolche können ſie nach ihrem Begriff ſtatt für die Zwecke eines Subjects auch für andere Zwecke exiſtiren. Ebenſo Schulden. Eine Schuld iſt ein Vermögensbeſtandtheil in Geſtalt eines fremden Geldwerths (aes alienum), auf welchen ein anderes Vermögen als den ſeinigen ein Forderungsrecht (aes suum) hat.[2] Sie ſetzt nicht nothwendig einen Schuldner voraus, wie die Forderung nicht nothwendig einen Gläubiger.[3]

Die römiſche divisio rerum unterſcheidet res, quae alicuius sunt d. i. Rechte und Schulden eines Menſchen, die als ſolche ein Subject haben, und res, quae nullius sunt d. i. ſolche, die kein Subject haben, weil ſie nicht Rechte und Schulden eines Menſchen ſind.[4] Zu dieſen zählt ſie die Rechte und Schulden, aus welchen

[1] l. 1 pr. D. de R. D. (1. 8). Gaius II. 9. l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43. 24), l. 6 D. exp. her. (47. 19), l. 13 § 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2). Dieſe Stellen wollen ſelbſtverſtändlich nicht ſagen, die Erbſchaftsſachen ſeien rechtloſe Sachen, an denen überhaupt kein Eigenthum exiſtire, ſondern herrenloſe Sachen, bei denen das an ihnen beſtehende Eigenthum zur Zeit keinen Dominus habe. Dies ergiebt ſich aus l. 36 D. de stip. serv. (45. 3). Wie die Erbſchaftsſachen, ſind auch die Erbſchaftsforderungen und die Erbſchaftsſchulden herrenlos, weil ſie keinen Gläubiger bezw. keine Schuldner haben, l. 11 pr. D. de pec. const. (13. 5), l. 9 D. de naut. foen. (22. 2), l. 3 § 6 l. 21 D. de neg. gest. (3. 5). Vgl. Brinz a. a. O. § 154.

[2] l. 213 § 1 D. de V. S. (50. 16).

[3] Vgl. die Stellen in Note 1 a. E.

[4] Gaius II. 9. l. 1 pr. D. de R. D. (1. 8). Brinz a. a. O. § 226 S. 981 ff. u. Band. 2. Aufl. § 60.

das Vermögen einer Corporation, und die Rechte und die Schulden, aus welchem eine hereditas iacens besteht.

Das Corporationsvermögen gehört der universitas personarum und demgemäß Niemanden: denn die universitas personarum ist keine Person, weil sie kein Mensch ist.[1] Das römische Recht kennt nur den natürlichen Begriff der Persönlichkeit. Dieser besteht in der Anlage zum freien und vernünftigen Wollen und Handeln. Diese Anlage haben nach dem Naturgesetz alle Menschen, aber auch nur die Menschen. Dem Naturgesetz entspricht die römische divisio personarum. Sie theilt die Personen in liberi und servi, in ingenui und libertini u. s. w.[2] Es gibt nach ihr rechtsfähige und rechtsunfähige Personen, weil der Mensch seine Rechtsfähigkeit durch das Rechtsgesetz nicht durch das Naturgesetz erhält, aber es gibt in Uebereinstimmung mit dem Naturgesetz keine Menschen, die keine Personen,[3] und keine Personen, die keine Menschen sind. Unsere Eintheilung in physische und juristische Personen ist dem römischen Recht völlig fremd. Die Quellen sagen von der universitas personarum: vice personae fungitur.[4] Diese Worte haben folgenden Sinn: eine Corporation kann für ihren Corporationszweck durch ihre Vertreter Vermögen erwerben, wie der Mensch für seine individuellen Zwecke. Deshalb fungirt sie an Stelle einer physischen Person, aber sie ist keine Person, ihr Vermögen hat kein Subject. Die bona, quae universitatis esse creduntur, sind bona, quae nullius sunt.[5]

Ebenso verhält es sich mit der hereditas iacens. Auch sie gehört Niemandem, weil sie keinem Menschen gehört. Auch sie ist

---

[1] l. 1 pr. i. f. l. 6 § 1 D. de R. D. (1. 8). Gaius II. 11.

[2] Gaius I. 9 ff. l. 3. 4 D. de statu. hom. (1. 5).

[3] Auch die Sclaven sind Personen, weil sie Menschen sind, l. 215 D. de V. S. (50. 16) ... in persona servi ... l. 22 D. de R. I. (50. 17). in personam servilem ... l. 1 § 4 D. de stip. serv. (45. 3). Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit sind im röm. Recht keine identischen Begriffe: diese wird durch caput, jene durch persona bezeichnet, § 4 I. de cap. min. (1. 16), wenn auch einmal servile caput statt servilis persona, oder persona für caput vorkommt, l. 3 § 1 D. de cap. min. (4. 5).

[4] l. 22 D. de fideiussor. (46. 1). Siehe S. 47 Note 1.

[5] Vgl. Note 1. l. 1 § 1, l. 8. 10 D. quod cuiusc. univ. (3. 4). Bruns a. a. O. § 17.

keine juriſtiſche Perſon, aber auch ſie fungirt an Stelle einer phyſiſchen Perſon,[1] nur nicht ſo abſolut wie die universitas personarum, ſondern nur in quibusdam, in plerisque oder in multis partibus iuris:[2] nur in einem gewiſſen Umfange können für ſie wie für einen Menſchen Rechte und Schulden entſtehen und untergehen. Deshalb heißt es in den Quellen einerſeits: hereditas, sine domino iacet und res hereditariae nullius in bonis sunt, andererſeits: hereditas personae vice fungitur sicuti municipium und hereditas domini locum obtinet, oder pro domino habetur und hereditas domina est.[3]

Der Umfang, in welchem für die hereditas iacens Rechtserwerbungen und Rechtsverluſte eintreten können, iſt verſchieden, je nachdem die Rückſicht auf die Beſchaffenheit des Nachlaſſes oder das Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger die Ernennung eines curator bonorum nothwendig macht oder nicht.[4]

I. Iſt keine cura angeordnet, ſo gelten folgende drei Principien:

1) Die hereditas iacens kann ſich um Rechte und Schulden vermehren und vermindern, wenn die Vermehrung oder Verminderung im Moment, wo ſie eintreten ſoll, unter den Begriff einer ipso iure erfolgenden Acceſſion oder Deceſſion des Vermögens fällt, d. h. wenn ſie weder durch die Exiſtenz noch durch Handlungen eines Vermögensſubjects bedingt und deshalb auch für ein herrenloſes Vermögen möglich iſt. Für dieſes Princip giebt es in den Quellen einen juriſtiſchen und einen bildlichen Ausdruck. Den juriſtiſchen Ausdruck enthält der Satz: hereditas

---

[1] l. 22 D. de fideiussor. (46. 1) . . . hereditas personae vice fungitur sicuti municipium, decuria et societas.

[2] l. 15 pr. i. f. D. de usurp. (41. 3) pr. I. de stip. servor. (3. 17). l. 61 pr. D. de A. R. D. (41. 1).

[3] l. 31 § 1 D. de hered. inst. (28. 5). l. 15 pr. D. de interrog. (11. 1). l. 61 pr. D. de A. R. D. (41. 1). l. 13 § 2 D. ad leg. Aquil. (9. 2).

[4] l. 3 D. de cur. fur. (27. 10). l. 8 D. quib. ex caus (42. 4). Die nach röm. Recht für die Erbſchaftsgläubiger mögliche missio in possessionem rei servandae causa, l. 8 pr. l. 9 § 1 D. quib. ex caus. (42. 4). c. 5. 6 C. de bon. auct. (7. 72) iſt heute unpraktiſch, Sintenis, Civilr. Bd. 1 S. 359.

iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit.[1] Die bildliche Faſſung lautet ſo: hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est,[2] oder ausführlicher: hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur, ideoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. In his sane, in quibus factum personae personaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest.[3]

---

[1] l. 178, § 1 D. de V. S. (50. 16); vgl. l. 20 § 3 D. de H. P. (5. 3) . . . nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem.

[2] Siehe S. 47 Note 2.

[3] l. 61 pr. D. de A. R. D. (41. 1). Alle Handſchriften haben operaeve ſtatt personaeve substantia, gleichwohl iſt nach dem Schluß dieſer Stelle unzweifelhaft personaeve zu leſen: ac propterea quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est. § 1 Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur. Der erſte Satz ſpricht von einem Erwerb, der ein factum personae vorausſetzt, der zweite von einem ſolchen, welcher durch die substantia personae bedingt iſt: l. 1 § 2 D. quando dies usufr. (7. 3) in usufructu tamen personam domini exspectari, qui uti et frui possit.

Als Beiſpiele von Rechten und Schulden, welche dieſem Princip gemäß 1) vollſtändig ipso iure der hereditas iacens zugehen, finden wir in den Quellen aufgeführt: das Eigenthum an den Früchten von Erbſchaftsſachen, l. 178 § 1 D. de V. S. (50. 16). l. 20 § 3 l. 26 D. de H. P. (5. 3), die actio legis Aquiliae, die actio arborum furtim caesarum, des interdictum quod vi aut clam, l. 13 § 2, l. 43 D. ad leg. Aquil. (9. 2), l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43. 24), l. 3 pr. § 7. 8, l. 12. 17 D. eod., die Forderungen und Schulden aus einer negotiorum gestio für die Erbſchaft, l. 3 pr. § 6. 7, l. 22 D. de neg. gest. (3. 5), die Forderungen auf die grundloſe Bereicherung gegen den redlichen, und auf das reelle Intereſſe gegen den unredlichen Erbſchaftsbeſitzer, ſowie die aus deſſen Gegenanſprüchen erwachſenden Schulden, l. 20 § 6, l. 25 § 3—17 D. de H. P. (5. 3), l. 17. 20 § 20, l. 31 pr. § 1—3, l. 38—40 § 3 D. eod., die rei vindicatio aus erbſchaftlichen Eigenthumsrechten, eine condictio wegen Conſumtion von Erbſchaftsſachen und die betreffenden dinglichen oder perſönlichen Klagen wegen Verletzung ſonſtiger Erbſchaftsrechte, l. 2 D. exp. her. (47. 19). c. 4 C. h. t. (9.32). Es leuchtet von ſelbſt ein, daß ſich z. B. auch die meiſten Arten des Eigenthumserwerbs durch Verbindung, der Verluſt des Eigenthums durch Uſucapion, und die Befreiung von Schulden wegen casus in Gemäßheit des erſten Princips

Eine Einschränkung erleidet dieser Grundsatz durch folgendes zweite Princip:

2) Die hereditas iacens ist das hinterlassene Vermögen des Erblassers. Deshalb kann sie nur solche Accessionen erfahren, die bei Lebzeiten des Erblassers rechtlich möglich gewesen wären. Ob sie auch für den künftigen Erben möglich sein würden, kommt nicht in Betracht, weil dieser noch nicht das Subject der Erbschaft geworden ist.[1] Wenn daher bei der Entstehung von Rechten und Schulden für den Nachlaß individuelle Eigenschaften des Berechtigten oder Verpflichteten in Frage kommen, so ist die Person des

---

für die hereditas iacens als möglich erweisen, l. 20 § 3, l. 21 D. de H. P. (5. 3). Als Beispiele wo 2) Handlungen des Erblassers, die erst nach seinem Tode wirksam werden, Accessionen nnd Decessionen für die hereditas iacens bewirken, finden sich in den Quellen: nachträgliche Accrescenzfälle, durch welche sie eine Erbportion erwirbt, l. 9 D. de suis (38. 16), die Schuld aus einer bedingten Novation und aus einer Verpflichtung auf Conventionalstrafe, und der Verlust des Rechts aus der in diem addictio, wenn die conditio bezw. der dies in der Zeit der hereditas iacens eintritt, l. 24 D. de nov. (46. 2), l. 77 D. de V. O. (45. 1), l. 15 pr. D. de in diem add. (18. 2). Ebenso müssen natürlich Eigenthumsrechte, Pfandrechte, Prädialservituten und Forderungen, welche dem Erblasser bei Lebzeiten sub conditione eingeräumt sind, von der Erbschaft erworben werden, wenn sich, während sie ruht, die Bedingung erfüllt; und in gleicher Weise muß sie diese Rechte mit dem Eintritt der conditio verlieren, wenn der Erblasser sie bedingungsweise veräußert oder remittirt hat. Aus einem bei Lebzeiten geschlossenen Spielvertrage (z. B. Kauf eines Lotterieloses) kann daher der Erblasser nach seinem Tode noch gewinnen: es entsteht die Forderung auf den Gewinn für seine Erbschaft, wenn die conditio für die Forderung sich während der hereditas iacens erfüllt; vgl. Girtanner, Rechtsfälle zu Puchta's Pand. § 447, v. Ihering Civilrechtsfälle No. I.

Zu den Erwerbungen, welche nach dem aufgestellten Grundsatz für die hereditas iacens unmöglich sind, gehören namentlich der Erwerb des Besitzes und der possessorischen Interdicte, l. 1 § 15 D. si is qui test. (47. 4). Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 384, Bd. 14 Nr. 202, der persönlichen Servituten, l. 61 § 1 D. de A. R. D. (41. 1), der Delation einer Erbschaft und der petitio legati, weil der Erwerb aller dieser Rechte substantia personae voraussetzt. Bei den Römern war er durch Erbschaftssclaven möglich, vgl. meine Erbschaft S. 36 ff. S. 44 ff.

[1] Vgl. l. 33 § 2 D. de A. R. D. (41. 1) .. quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit. l. 34 D. de V. O. (45. 1.)

Erblassers maßgebend, nicht die Person des künftigen Erben. Dieses Princip enthält der Satz der Quellen: hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti.[1]

---

[1] § 2 I. de hered. inst. (2. 14), pr. I. de stip. serv. (3. 17), l. 34 D. de A. R. D. (41. 1), l. 33 § 2 D. eod. l. 52 D. de hered. inst. (28. 5). Mit diesen Stellen steht nicht in Widerspruch l. 24 D. de novat. (46. 2) Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. Nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub conditione, quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio extiterit, novatio fieret: hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet. Hier war nur nachzuweisen, daß die Schuld aus der Stipulation entsteht, obwohl vor dem Antritt des Erben Niemand existirt, der Debitor werden kann. Deshalb wird gesagt: die Person des Erben vertritt bis zum Antritt die Erbschaft, d. h. die Schuld entsteht für die Erbschaft statt für den Erben. Es genügte der Hinweis, daß die Erbschaft vice personae fungitur, es fehlte die Veranlassung zu betonen, daß sie personam defuncti sustinet, non heredis futuri. Deshalb ist es nicht angezeigt, vor cuius ein illius oder eius einzuschieben, wie dies in der Vulg. von späterer Hand geschehen ist.

Zur Anwendung kommt das zweite Princip z. B. bei einer negotiorum gestio für die Erbschaft. Hier beschränkt sich die für die Erbschaft entstehende Schuld aus der Gestio nicht auf die bloße Bereicherung, wenn der künftige Erbe ein impubes ist, l. 21 § 1, l. 37 D. de neg. gest. (3. 5). Hier ist ferner bei unglücklichem Erfolg der Geschäftsführung die Frage ob sie mit den Gewohnheiten und Geschäftsmaximen des dominus negotii in Widerspruch stehe, nicht aus der Person des künftigen Erben, sondern aus der Person des Erblassers zu beantworten. Der Tod hebt die Möglichkeit, sich auf seinen Standpunkt zu versetzen, nicht auf, und die negotiorum gestio fordert, da sie eine obligatio quasi ex mandato erzeugt, auch in dieser Richtung eine contemplatio domini; nur wenn der dominus negotii ein impubes, furiosus oder sonst eine Person ist, bei der von Geschäftsmaximen überhaupt nicht die Rede sein kann, kommt lediglich in Betracht, ob der Gestor wie ein bonus et diligens paterfamilias gehandelt hat, l. 9 (10) § 1, l. 10 (11), l. 11 (12) § 2 D. eod., c. 10 C. h. t. (2. 19), l. 15 (16) D. eod., § 1 I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27), l. 5 (6) § 14 (12) D. de neg. gest. (3. 5), vgl. Leist, Civil. Studien Heft 2 S. 110. 141. Den dominus negotii bestimmt aber überall das Vermögen, in welches der Gestor eingreift, nicht die Willensmeinung des Gestors, wie Dankwardt, die Negotiorum gestio S. 29 Note 14 fälschlich annimmt. Bei der Beerdigung des Erblassers hat der Gestor wohl stets die Absicht, für den Erben zu

Auch dieſer Satz gilt nicht abſolut. Das dritte Princip beſtimmt, wo er außer Anwendung tritt.

3) Rechtsverhältniſſe des Erblaſſers, die bei ſeinen Lebzeiten einen Einfluß auf ſeine Vermögensverhältniſſe hatten, influiren auf die hereditas iacens nicht, wenn ſie, weil ſie an der Perſon des Erblaſſers haften, mit ſeinem Tode untergehen: quia nullus est dominus, in cuius persona de his rebus quaeri possit. [1]

---

handeln, dennoch heißt es in l. 1 D. de relig. et sumt. (11. 7): Qui propter funus aliquid impendit cum defuncto contrahere videtur, non cum herede. Er führt nicht negotia heredis, ſondern negotia hereditaria, weil er eine zur Erbſchaft gehörige Schuld bezahlt, die in derſelben durch den Tod des Erblaſſers entſteht und deren Umfang ſich nach Stand und Vermögen deſſelben beſtimmt, l. 14 § 17, l. 45 D. eod., l. 12 § 5, l. 14 § 6 D. eod., vgl. Walther, über Leichenbeſtattungskoſten, in d. Zeitſchr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 17 S. 376 ff., Aarens, Beiträge zur Lehre von d. neg. gestio 1. Abth. 1860.

Ein weiterer unter dem zweiten Princip ſtehender Fall würde vorliegen, wenn dem Erblaſſer ein Grundſtück unter einer Bedingung tradirt iſt, die ſich hereditate iacente erfüllt, während dem künftigen Erben nach Rechtsvorſchrift die Fähigkeit Grundeigenthum zu erwerben fehlt. Hier erwirbt daſſelbe demungeachtet die Erbſchaft und per hereditatem auch der Erbe, vgl. Einleit. S. 14 Note 2.

Dieſe Beiſpiele zeigen, daß es praktiſch nicht irrelevant iſt, ob die Erbſchaft die persona defuncti oder heredis vertritt, und daß durch den Satz hereditas personam defuncti sustinet nicht blos die civilen Erwerbungen durch Erbſchaftsſclaven erleichtert werden ſollten, wie v. Savigny a. a. S. 370 lehrt.

[1] l. 55 § 1 D. de legat. (31). Nach dieſer Stelle ſchließt die Incapacität des Erblaſſers den Erwerb des einem servus hereditarius hinterlaſſenen Vermächtniſſes für die hereditas iacens nicht aus, weil ſie eine poena für ein crimen iſt, welches mortalitate extingnitur, C. de inf. poen. caelib. et orb. (8. 57), l. 11 D. ad leg. Iul. mai. (48. 4). Und heute entſteht z. B. aus einer negotiorum gestio in der hereditas iacens die Schuld auf den vollen Erſatz der Unkoſten, obwohl der Erblaſſer ein impubes war: die ſinguläre Vorſchrift, nach welcher ein unmündiger dominus negotii dem Geſtor nur auf Erſatz der Bereicherung verpflichtet werden ſoll, giebt ihm ein privilegium personae, welches mit ſeinem Tode erliſcht, l. 37 D. de neg. gest. (3. 5), l. 68 D. de R. I. (50. 17). Es iſt ferner z. B. die Bürgſchaft, welche eine Wittwe für eine Erbſchaftsſchuld ihres Mannes während der hereditas iacens übernimmt, blos anfechtbar nach dem S. C. Velleianum; Juſtinian's Vorſchrift, nach welcher die Bürgſchaft der Frau für den Ehe-

Die Fähigkeit der Erbschaft, sich in dem Umfang dieser drei Principien um Activa und Passiva zu vermehren oder zu vermindern, entspricht der Art und Weise, wie bei Lebzeiten des Menschen für sein Vermögen Rechte und Schulden entstehen und untergehen können. Im Allgemeinen ist dies in doppelter Weise möglich: durch Handlungen, die darauf gerichtet sind, dann aber auch so, daß der Mensch in keiner Weise dabei thätig zu werden braucht. Im letzten Fall ist der Entstehungs- und Endigungsgrund lediglich eine Vorschrift des positiven Rechts, unter dessen Herrschaft der Mensch mit seinem Vermögen steht. Setzt auch die Existenz der ipso iure entstehenden Rechte und Schulden kein physisches Subject voraus, so kommen sie unmittelbar in das Vermögen des Menschen ohne factum und ohne substantia personae. Ebenso verhält es sich bei der durch Handlungen zu vermittelnden Entstehung und Endigung von Rechten oder Schulden, wenn sie noch von Thatsachen, z. B. von einer Bedingung, abhängig ist, deren Eintritt keine Thätigkeit des Vermögenssubjects fordert, sofern die Rechte und die Schulden auch zu ihrer Existenz dieses Subjects nicht bedürfen.[1] Hier kommen sie auch unmittelbar in das Vermögen unabhängig von dem Subject desselben: lediglich durch den Eintritt jener Thatsachen. Diese unmittelbar für das Vermögen eintretenden Rechtsveränderungen müssen auch nach dem Tode des Menschen noch für seine hereditas iacens möglich sein, weil bei ihnen sein Vermögen seine Person vertritt. Dagegen Rechtsveränderungen, die durch Handlungen oder doch durch die Existenz eines Vermögenssubjects bedingt sind, werden für die hereditas iacens nothwendig durch ihre Herrenlosigkeit ausgeschlossen.

Iure singulari hat aber das römische Recht zwei Rechtserwerbungen für die hereditas iacens ermöglicht, die iure com-

---

mann nichtig sein soll, kann hier keine Anwendung finden, weil die Ehe, die sie voraussetzt, durch den Tod des Mannes endigt, Nov. 134 c 8. Glück a. a. O. Bd. 15 S. 49, v. Vangerow, Pand. Bd. 3 S. 180. Ebenso cessirt für die hereditas iacens auch der Einfluß, den etwa die Confession des Erblassers auf seine Vermögensverhältnisse hatte, weil die kirchliche Stellung des Menschen mit seinem Tode untergeht.

[1] Vgl. S. 49 Note sub 2.

muni nur von einem Menschen gemacht werden können: den Eigenthumserwerb durch Ersitzung und den Erwerb der actio iniuriarum. Sie beruhen auf folgenden beiden Vorschriften, aus welchen als singulären keine weiteren Consequenzen für die Erwerbsfähigkeit der hereditas iacens gezogen werden dürfen:[1]

1) Eine vom Erblasser begonnene Ersitzung erleidet durch seinen Tod, obwohl sein Besitz untergeht, keine Unterbrechung. Seine conditio usucapiendi wird als ein dingliches Recht, welches durch die Bestimmung, Eigenthum zu werden, auch die Bestimmung hat, sich zu vererben, ein erbschaftliches Recht. Dieses Recht hat die singuläre Eigenschaft, daß es sich *ohne einen Usucapienten* in Eigenthum umwandelt *durch den bloßen Ablauf der Usucapionszeit*,[2] wenn sich nicht vor demselben ein Dritter in den Besitz der Sache gesetzt hat.[3] Hiernach erwirbt das Eigenthum die hereditas iacens, wenn sich während derselben das tempus usucapionis vollendet. Erfolgt aber vor Ablauf desselben eine successio in usucapionem von Seiten des Erben oder eines Legatars, so vollzieht sich die Ersitzung ebenfalls durch bloßen Zeitablauf ohne einen Usucapienten. Die subjectiven Erfordernisse, possessio und bona fides, brauchen in der Person des Erben oder Legatars nicht vorhanden zu sein: denn Erbschaftsrechte kommen so an den Erben und an den Legatar, wie sie hinterlassen sind.[4] Daher treten bei der successio in usucapionem die Regeln

---

[1] l. 14 D. de legib. (1. 3).

[2] l. 40 D. de usurp. (41. 3), l. 44 § 3 D. eod. In l. 45 § 1 D. eod., die mit l. 44 § 3 cit. im Widerspruch steht, muß vor peculii nomine ein non eingeschaltet werden, wie sich aus l. 44 § 7 D. eod. ergiebt, v. Scheurl a. a. O. S. 25. In l. 88 D. de A. v. O. H. (29. 2) bezeichnet der Ausdruck qualisqualis possessio die conditio usucapiendi, welche der Erblasser an einem dem Erben zum Faustpfande gegebenen Hause hatte und bei seinem Tode in seiner Erbschaft zurückläßt, l. 16 D. de usurp. (41. 3), l. 36 pr. D. de A. v. A. P. (41. 2).

[3] l. 20 D. de usurp. (41. 3).

[4] l. 31 § 5 D. de usurp. (41. 3), l. 6 § 2 D. pro emptore (41. 4), l. 2 § 18 D. eod. Diese Stellen ergeben, daß die nachfolgenden über das ius singulare aufgestellten Ansichten irrige sind: a. Die Vollendung der Usucapion während der hereditas iacens fordere nicht blos den Ablauf des tempus, sondern auch die Apprehension der Sache durch den Erben; komme

der accessio possessionis nicht ein.[1] Diese singuläre Vorschrift entspricht den Anforderungen der Sicherheit des Credits, nach welchen das Vermögen des Schuldners durch seinen Tod keine Minderung zum Nachtheil seiner Gläubiger erfahren darf.

2) Die Beleidigung eines Verstorbenen bewirkt für seine **hereditas iacens** den Erwerb der actio iniuriarum.[2] Das Interesse des Erben, die Ehre seines Erblassers rein zu erhalten,

---

ihm darin ein Anderer zuvor, so werde die Usucapion ausgeschlossen, Unterholzner, Verjährungsl. Bd. 1 S. 473. Die dafür angeführte l. 13 § 4 D. de A. v. A. P. (41. 2) spricht vom interdictum utrubi, v. Vangerow, Pand. Bd. 1 § 322 Anm. 2, v. Jhering a. a. O. S. 253, v. Scheurl a. a. O. S. 91. b. Die Apprehension der Sache durch den Erben sei zur Vollendung der Usucapion wenigstens dann erforderlich, wenn das tempus erst nach dem Antritt ablaufe, es müßten sich denn die Sachen in der Detention eines Repräsentanten befinden, Bucht a, Pand. u. Vorl. § 156. Die dafür citirte l. 30 § 4 D. de A. v. A. P. (41. 2) enthält eher das Gegentheil, und die l. 6 § 2 D. pro emptore (41. 4) sagt geradezu, daß es der Besitzergreifung des Erben nicht bedürfe. Dagegen spricht auch l. 30 pr. D. ex quib. caus. (4. 6), wo wegen seiner Verbindung mit completur usucapio statt possessio zu lesen ist. Die Stelle handelt von einer i. i. r. gegen eine von einem absens miles begonnene und dessen praesens heres vollendete Usucapion. Nach dem Wortlaut des Edicts konnte hier die Restitution nicht eintreten, aber die aequitas iuris forderte sie, weil die conditio usucapiendi als eine ununterbrochen fortlaufende („quasi iuncta") an den Erben mit der singulären Eigenschaft kommt, daß sie sich ohne einen Usucapienten in Eigenthum umwandelt. Aus diesem Grunde kann der Erbe auch aus einer erst nach dem Antritt vollendeten Usucapion das Eigenthum nicht als Usucapient erwerben, sondern nur in seiner Eigenschaft als Erbe, in der er die Erbschaftsrechte so erhält, wie sie hinterlassen sind. Deshalb muß auch gegen den praesens heres die Restitution Platz greifen; vgl. gegen Bucht a v. Jhering a. a. O. S. 257 und v. Scheurl a. a. O. S. 93. c. Die Vollendung der Usucapion fordere nach heutigem Recht bona fides des Erben, v. Vangerow, Pand. Bd. 1 § 322. Diese Ansicht übersieht, daß sich die Usucapion iure singulari ohne einen Usucapienten vollendet und zwar nicht zu Gunsten des Erben, sondern zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger, l. 2 § 19 D. pro empt. (41. 4). — Dem Erben steht bei diesem ius singulare in allen Beziehungen der Legatar gleich, l. 14 § 1 D. de usurp. (41. 3), l. 13 § 10 D. de A. v. A. P. (41. 2).

[1] Vgl. z. B. l. 31 § 5 D. de usurp. (41. 3) und l. 6 § 2 D. pro empt. (41. 4) mit l. 15 § 1, l. 16 D. de div. temp. praesor. (44. 3).

[2] l. 1 § 6 D. de iniur. (47. 10), l. 1 § 4 D. eod.

fordert eine Ausnahme von der Regel, nach welcher die actio iniuriarum, weil ihr Zweck Genugthuung ist, nur einer Person inhäriren und zum Vermögen überhaupt nicht gehören kann.[1] Sie wird hier ein Bestandtheil des hinterlassenen Vermögens, aber ohne selbst ein Vermögensrecht zu werden. Deshalb geht sie unter, wenn keine Erbfolge eintritt, mag die Erbschaft als bonum vacans an den Fiscus kommen, oder der Concurs über sie eröffnet werden: denn der Fiscus und die Erbschaftsgläubiger haben nur Anspruch auf die bona defuncti.[2] Heute kann dieser singuläre Erwerb für die hereditas iacens nicht mehr eintreten, weil das Reichsstrafgesetzbuch die römische Privatstrafe der Injurie in eine öffentliche Geldstrafe umgewandelt hat.[3]

II. Ist für die hereditas iacens ein Curator bestellt, so kann sie auch eine durch Handlungen (factum personae) bedingte Vermehrung und Verminderung von Rechten und Schulden erfahren. Der Curator hat aber, wie jeder curator bonorum, nur custodia, keine administratio rerum. Er darf deshalb nur, soweit es zur Erhaltung des erbschaftlichen Vermögens erforderlich ist, Veräußerungen vornehmen,[4] Forderungen einklagen und Schulden des Erblassers bezahlen.[5] Ueber den Zweck der custodia hinaus fehlt ihm die Befugniß, Rechtsgeschäfte zu schließen und Processe zu führen.[6] Und auch custodiae causa können durch ihn nur

---

[1] Vgl. § 1 S. 36 Note 3.

[2] Alle vermögensrechtlichen Erwerbungen der hereditas iacens sind dagegen definitive; sie bleiben Bestandtheile der Erbschaft, auch wenn keine Erbfolge eintritt. Sie tragen nicht die stillschweigende Resolutivbedingung des Erbschaftsantritts in sich wie v. Scheurl a. a. O. S. 65 annimmt. Die l. 73 § 1 D. de V. O. (45. 1), auf die er sich beruft, spricht nur von Rechtsgeschäften, die Erbschaftssclaven für den künftigen Erben abgeschlossen haben. Diese werden natürlich unter der Suspensivbedingung des Antritts contrahirt, l. 18 § 2 D. de stip. serv. (45. 3). Vgl. meine Erbschaft S. 157 ff.

[3] Vgl. § 1 S. 38 Note 6.

[4] l. 48 D. de adm. et per. tut. (26. 7).

[4] l. 14 pr. D. de reb. auct. (42, 5). l. 23 § 2. 3 D. de her. int. (28. 5).

[6] Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 114, Bd. 23 Nr. 40, Bd. 27 Nr. 39, Bd. 30 Nr. 40, Bd. 31 Nr. 344, Bd. 35 Nr. 138. Vgl. auch Reichscivilproceßordnung § 220. 693. 694.

solche Rechte und Schulden für die Erbschaft entstehen, die zu ihrer Existenz keine Person als Subject (substantia personae) voraussetzen.[1] Personen sind nach römischem Recht nur die Menschen. Neben ihnen kennt es nur Vereine (universitates personarum) und Zweckvermögen, die Personenstelle vertreten, (personae vice funguntur): das herrenlose Stiftungsvermögen[2] und die herrenlose hereditas iacens.[3]

Nach einheimischen Principien kann bei einem Verschollenen die hereditas iacens im Moment der Todespräsumtion ausgeschlossen werden durch eine eigenthümliche Cura, die sich in der gemeinrechtlichen Praxis gebildet hat. Die Eröffnung dieser

---

[1] Z. B. Besitz und persönliche Servituten kann auch der Curator nicht für die hereditas iacens erwerben. Ueber die Competenz für die Anordnung einer cura hereditatis iacentis vgl. Ubbelohde, Arch. für civ. Pr. Bd. 61 S. 2 ff.

[2] Daß die römischen Juristen die Anschauung von der Personen-Function auch auf die Stiftungen erstreckten, ist nicht zu bezweifeln, wenn sich dafür auch kein Quellenzeugniß beibringen läßt, Bruns a. a. O. § 17 a. E. Selbstverständlich werden dadurch nicht auch im Uebrigen die Corporationen, die Stiftungen und die ruhende Erbschaft einander gleich gestellt. Das Corporations- und das Stiftungsvermögen soll Zwecks immer besserer Ausführung des Corporations- und Stiftungszwecks möglichst anwachsen; deshalb bedürfen sie einer Vertretung, der nicht blos die custodia, sondern auch die administratio rerum zusteht, und der singulären Befreiung von Beschränkungen im Vermögenserwerbe, denen sie an sich unterworfen sein würden. Bei der hereditas iacens dagegen handelt es sich nur um die Erhaltung des Vermögens für die Erben und für die Erbschaftsgläubiger; ihr Vertreter hat demgemäß, wo sie überhaupt eines solchen bedarf, nur die custodia rerum, Bruns a. a. O. S. 94.

[3] Die herrschende Doctrin leugnet die Herrenlosigkeit der hereditas iacens. Folgende drei Ansichten sind in unserer Literatur vertreten:

I. Eine Meinung geht dahin, es sei eine logische Nothwendigkeit eine Person als Subjekt der hereditas iacens zu fingiren. Dieselbe ergebe sich aus dem Begriff des subjectiven Rechts. Jedes subjective Recht bestehe in einer Macht über seinen Gegenstand; deshalb setze es seinem Begriff nach ein Subject voraus, dem diese Macht zustehe. Aus dem Begriff des subjectiven Rechts folge demgemäß das Rechtsprincip: Rechte können ohne Subject nicht existiren. Wenn also das Vermögen des Menschen bei seinem Tode nicht sofort in dem Erben ein neues Subject erhalte, sondern ein hereditas iacens entstehe, so fordere die Rechtslogik, daß ein Vermögens-

deutſchrechtlichen Cura ſetzt eine richterliche Verſchollenheitserklärung voraus, die keine beſtimmte Dauer der Abweſenheit, aber eine

---

ſubject fingirt werde. Unter den Vertretern dieſer Anſicht fingiren einige ein Subject für die hereditas, Puchta, Vorl. § 446, v. Scheurl a. a. O. S. 2. 9, v. Savigny a. a. O. § 102, Kuntze a. a. O. S. 378, andere dagegen perſonificiren die hereditas ſelbſt und fingiren ſie als das Subject der Rechte und Schulden, aus denen ſie beſteht, Mühlenbruch a. a. O. S. 41, v. Jhering, Abhandl. S. 223. Sie bezeichnen das ſo hergeſtellte Subject bald als die fingirte, bald als die juriſtiſche, bald als die vermögensrechtliche oder als die öconomiſche Perſon des Verſtorbenen und ſind über das Schickſal dieſer Perſon beim Erwerb der Erbſchaft durch den Erben wieder verſchiedener Meinung: einige, wie v. Jhering a. a. O., nehmen an, daß ſie jetzt untergeht, andere laſſen ſie dagegen auf den Erben übergehen. Dieſe betrachten daher die in den Erben übergegangene vermögensrechtliche Perſon des Erblaſſers als den Gegenſtand des Erbrechts, vgl. Puchta a. a. O., v. Scheurl a. a. O., Arndts Pand. § 464, Neuner, Weſen und Arten der Privatrechtsverhältniſſe S. 93; ſ. auch Keller, Pand. § 456. Geändert haben ſpäter ihre Anſichten v. Jhering, Jahrbb. Bd. 10 S. 408 ff. und v. Scheurl, Inſtit. § 25. 183; ſ. unten sub III a. E.

Dieſer Conſtruction der Perſönlichkeit der hereditas iacens liegen ſehr erhebliche Irrthümer zu Grunde. Es ſind dabei namentlich drei Punkte überſehen:

1) Rechtsbegriffe und Rechtsprincipien dürfen nicht a priori conſtruirt, ſie müſſen aus dem poſitiven Recht abſtrahirt werden, alſo mit ihm in Einklang ſtehen. Da nach dem poſitiven röm. Recht die hereditas iacens und z. B. auch das Vermögen eines captivus aus Rechten beſteht, die kein Subject haben, ſo iſt demſelben der Begriff des ſubjectiven Rechts als Macht über ſeinen Gegenſtand fremd und folgeweiſe auch das Princip: Rechte können ohne Subject nicht exiſtiren. Macht über den Gegenſtand des Rechts iſt nur die Ausübung des Rechts, z. B. der Beſitz als factiſche Ausübung des Eigenthums, aber das Eigenthum iſt nur eine Ermächtigung zu gewiſſen Handlungen (facultas patrimonii). Deshalb kann Eigenthum auch ein Beſtandtheil der hereditas iacens ſein, aber nicht die possessio.

2) Fictionen können dem, was ſie fingiren, keine Realität geben. Für Rechte, die in der That kein Subject haben, wird daher auch durch Fiction kein Subject geſchaffen. „Mit dem gleichen Erfolge, mit welchem man ein Vermögen vermittelſt einer fingirten Perſon zum Beſtehen bringt, würden wir unſere Hüte an einen Haken hängen, den wir an die Wand denken, fingiren," Brinz, Pand. 2. Aufl. § 60 S. 198.

3) Fictionen können den Anforderungen der Rechtslogik nicht gerecht werden. Die ſubjectloſe Exiſtenz der Erbſchaft läßt ſich nicht durch ein

voraufgehende Edictalcitation des Verschollenen und seiner präsum-

---

fingirtes Subject wissenschaftlich rechtfertigen, weil wissenschaftliche Gründe nur Wahrheiten und deshalb keine Fictionen sein können. Das römische Recht kennt denn auch keine Fictionen, die als Mittel für die wissenschaftliche Construction zum Apparat der Rechtswissenschaft zählen, sondern nur Fictionen, die dem positiven Recht angehören. Es bezeichnet durch diesen Ausdruck nur Rechtssätze des Inhalts, daß ein Fall so behandelt werden soll, wie wenn ein anderer Fall, der in der That nicht eingetreten ist, eingetreten wäre. So heißt z. B. die positive Vorschrift, nach welcher der Tod des captivus apud hostes so behandelt werden soll, als ob er im Moment der Gefangennehmung erfolgt wäre, fictio legis Corneliae. Vgl. meine Erbschaft S. 7 ff., mein System S. 236 ff. besonders Note 79 u. Demelius, die Rechtsfiction S. 80.

Diese Einwendungen erheben sich auch gegen die Construction von Böhlau, Rechtssubject und Personenrolle (1871), der an die Stelle der fingirten Person die Fiction setzen will, daß das thatsächlich subjectlose Vermögen eine physische Person zum Herrn habe, deren „Rolle" das Vermögen spiele.

II. Nach einer andern Ansicht ist die Aufstellung einer fingirten Person als Subject von an sich subjectlosen Rechten keine logische Nothwendigkeit, aber etwas Natürliches und Zweckmäßiges, Windscheid, krit. Ueberschau Bd. 6 S. 219 ff., die Actio S. 234 ff., Pand. § 49 S. 125 ff., § 531 S. 12. Es muß zugegeben werden, daß hier eine Personification der Volksanschauung und der Volkssprache entspricht, sie ist aber „nur der Phantasie, nicht dem Systeme oder Verstande erlaubt", Brinz, Pand. 2. Aufl. § 60 S. 196 a. E. Es heißt in den l. 15 pr. D. de usurp. (41. 3) . . . hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est. So lautete das recipirte Rechtssprichwort, um der Theorie für die hereditas iacense, wie sie sich aus den oben ausgeführten Erwägungen ergab, einen anschaulichen Ausdruck zu geben. Man sagte nicht: hereditas persona est, weil die Bezeichnung der Erbschaft als Person zu Consequenzen führt, die dem geltenden Rechte widersprechen würden. Haben doch unsere heutigen Juristen (Mühlenbruch a. a. O. S. 70, v. Ihering, Abhandl. S. 233) aus der vermeintlichen Persönlichkeit der Erbschaft die Consequenz gezogen, es sei gegen die Erbschaft eine Injurie möglich, während die l. 1 § 6 D. de iniur. (47. 10), auf die man sich bezieht, von Beleidigungen gegen den Verstorbenen spricht; siehe S. 54 Note 2. Es ist also nicht zweckmäßig, für subjectlose Rechte eine gedachte Person als Subject aufzustellen. Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts Bd. 2 (2. Aufl.) S. 355 über die Gesetze der juristischen Construction.

III. Eine dritte Ansicht hält denn auch die Fiction nicht blos für überflüssig, sondern auch für unzweckmäßig, Köppen, die Erbschaft S. 189 ff. und System § 2 S. 242 ff., Bruns, a. a. O. § 94, Brinz, Pand

tiven Erben fordert. Die nächsten präsumtiven Erben haben auf die Cura ein festes Recht. Durch dieselbe erhalten sie und, wenn sie sterben, die nach ihnen berufenen präsumtiven Erben den provisorischen Besitz des gesammten Vermögens gegen Caution mit dem Recht der freien Verwaltung bis der Verschollene zurückkehrt oder die Todespräsumtion eintritt. Kehrt er zurück, so muß ihm das Vermögen mit Früchten und Zinsen restituirt werden. Kommt es dagegen zur Todespräsumtion, so wandelt sich die Cura nach erfolgter Todeserklärung vom 71. Geburtstage des Verschollenen an in eine definitive Erbfolge der Curatoren um, sofern sie auch die jetzt berufenen Erben sind. [1]

---

1. Aufl. Abth. 2 § 154. 155, der mit Recht auch die juristische Persönlichkeit der Corporationen und Stiftungen verwirft, Brinz, Pand. 1. Aufl. Abth. 1 Vorrede S. XI (1857) und 2. Aufl. § 60. Auch v. Jhering, Jahrb. Bd. 10 S. 390 ff. 408 ff. verwirft jetzt die Personification der hereditas iacens, aber er hält an dem Satze fest, daß Rechte ohne Subject nicht existiren können. Er nimmt deshalb an, daß von den Erbschaftsrechten bis zum Erwerb durch den Erben nur die passive Seite fortexistire d. i. die Gebundenheit des Rechtsobjects, Person oder Sache, die active aber erlösche. Dem dürfte der Umstand entgegenstehen, daß Erbschaftsrechte vom Curator der hereditas iacens zum Zweck der custodia ausgeübt werden können.

[1] Vgl. Bruns in Bekker's und Muther's Jahrb. des gem. deutsch. Rechts S. 90 ff., Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 45, Bd. 11 Nr. 258. Ursprünglich verband sich mit dem provisorischen Besitz der Erben ein vollständiges Vertretungsrecht, vermöge dessen sie auch die dem Verschollenen angefallenen Erbschaften und Vermächtnisse erwerben konnten, Bruns a. a. O. S. 192 ff. Heute ist dieses Vertretungsrecht bestritten; es wird bald für zulässig, bald für unzulässig erklärt, vgl. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 298. 346 und dagegen Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 160, Bd. 7 Nr. 356, besonders aber die Blätter für Rechtsanwendung in Bayern Bd. 19 S. 17. 33. 49, Bd. 26 S. 17. Das Nähere s. § 14.

III. Berufung zur Erbſchaft.

§ 3.

Die Univerſalſucceſſion des Erben ſetzt ſeine Berufung zur Erbſchaft voraus.[1] Dieſe Berufung kann aus verſchiedenen Gründen erfolgen, iſt durch die Fähigkeit zur Berufung bedingt und hat eine verſchiedene Wirkung nach der verſchiedenen Stellung des Erben zum Erblaſſer.

I. Die Gründe der Berufung ſind nach römiſchem Recht Teſtament und Geſetz:[2]

1) testamento erfolgt die Berufung durch Erbesernennung oder Erbeinſetzung (heredis institutio) in Form des Teſtaments; die ſo berufenen Erben heißen Teſtamentserben;

2) lege erfolgt die Berufung in zwei Fällen:

a) wenn der Erblaſſer ohne Teſtament (intestatus) verſtorben iſt; hier beruft das Geſetz ſeine Verwandten unter dem Vorzuge der näheren vor den entfernteren, und nach den Verwandten den überlebenden Ehegatten; ſie heißen geſetzliche Erben oder Inteſtaterben;

b) wenn der Erblaſſer ein pflichtwidriges Teſtament (testamentum inofficiosum) hinterlaſſen hat, in welchem ſeine nächſten Angehörigen, die ihn ab intestato beerbt haben würden, nicht in der geſetzlich vorgeſchriebenen Weiſe bedacht ſind; hier beruft das Geſetz dieſe nächſten Angehörigen als Inteſtaterben gegen den Willen des Erblaſſers; ſie heißen deshalb Notherben.[3]

Nach gemeinem deutſchen Gewohnheitsrecht kann der Erblaſſer ſeinen Erben, ſtatt durch ein einſeitiges widerrufliches Teſtament,

---

[1] Gaius II. 169 . . . qui ab intestato per legem vocatur. l. 6 D. de suis et leg. (38. 16) . . . lex XII. tabularum eum vocat ad hereditatem. Nov. 118 c. 1 . . . nepotes vocari sancimus. l. 64 § 7. D. ad SC. Treb. (36. 1) . . . testator scriptum heredem ad hereditatem vocavit.

[2] § 6 I. per quas pers. (2. 9) . . . quarum (hereditatum) duplex conditio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad vos pertinent. Natürlich iſt die teſtamentariſche Berufung als eine vom Geſetz anerkannte mittelbar auch eine geſetzliche, l. 130 D. de V. S. (50. 16).

[3] Vgl. Einleit. S. 6 Note 3 ff.

auch durch einen irrevocablen Erbeinsetzungsvertrag berufen. Hier erklärt er als der eine Contrahent die Erbesernennung des andern, und dieser acceptirt die Erklärung.[1] Diese vertragsmäßige

[1] Nach römischem Recht war der Erbeinsetzungsvertrag als contra bonos mores nichtig, vgl. Einleit. S. 5 Note 1. Ebenso der Erbverzicht, durch welchen der eine Contrahent ein künftiges gesetzliches Erbrecht an dem Nachlaß des andern Contrahenten aufgiebt, l. 34 D. de pact. (2. 14). l. 16 D. de suis et leg. (38. 16). c. 35 § 1 C. de inoff. test. (3. 28). c. 3 C. de coll. (6. 20). Beide Verträge begreift man unter dem Namen Erbverträge. Nach der Reception des römischen Rechts wurde durch gemeine Gewohnheit, die sich als Juristenrecht auf Grund des germanischen Rechts ausbildete, die Gültigkeit der Erbverträge anerkannt. Unter den Begriff der Erbverträge fallen aber folgende Verträge nicht:

a) Der s. g. Erbschaftsvertrag, durch welchen der eine Contrahent sich verpflichtet, die ihm künftig von einer bestimmten, jetzt noch lebenden Person anfallende Erbschaft an den andern Contrahenten herausgeben zu wollen. Für ihn gelten folgende Vorschriften:

Der Vertrag ist nichtig, wenn er ohne Zustimmung des Erblassers geschlossen wird, weil es unsittlich ist, über die künftige Erbschaft eines noch Lebenden hinter seinem Rücken zu paciscren; diese Unsittlichkeit bewirkt zugleich die Indignität des Veräußerers, wenn ihm demnächst die veräußerte Erbschaft deferirt wird (§ 18).

Der Vertrag ist gültig, wenn er mit Zustimmung des Erblassers geschlossen wird, aber der Consens verpflichtet den Erblasser nicht, seine Erbschaft dem Contrahenten, der sie veräußert, zu hinterlassen, l. 2 § 2 D. de vulg. subst. (28. 6), l. 27 § 4 D. ad SC. Treb. (36. 1), l. 1 § 21 D. de coll. (37. 6), l. 2 § 3 D. de his quae ut indign. (34. 9), l. 29 § 2, l. 30 D. de don. (39. 5), c. 30 C. de pact. (2. 3).

Hat der Vertrag nicht die Erbschaft eines bestimmten Dritten, sondern irgend welche Erbschaft zum Gegenstande, die dem Contrahenten einmal zufallen werde, so ist er, wie jedes andere pactum spei gültig, z. B. wenn Auswanderer alle Erbschaften, zu denen sie berufen werden sollten, veräußern, l. 3 § 1. 2, l. 73 D. pro socio (17. 2). Vgl. § 6 S. 97 Note 6.

Aus der heutigen Gültigkeit des Erbvertrages läßt sich die heutige Gültigkeit des s. g. Erbschaftsvertrages bei ihrer völlig verschiedenen Natur nicht folgern, wie dies von einigen Juristen und bisweilen auch in der Praxis geschehen ist, Thibaut, System § 853, Eichhorn, Deutsch. Privatr. 341, Mittermaier, Deutsch. Privatr. § 453, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 252, Bd. 13 Nr. 44, Bd. 14 Nr. 216, Bd. 20 Nr. 51, Bd. 32 Nr. 256. Die herrschende Doctrin und Praxis erklärt sich denn auch für die fortdauernde Geltung des röm. Rechts, Puchta, Pand. § 449. Hasse im Rhein. Museum Bd. 2 S. 218, Beseler, Erbvertr. Bd. 2 S. 328, v.

Erbeseinsetzung steht unter den Principien der testamentarischen heredis institutio; nur soweit sich diese Principien in dem Wesen des Testamentes gründen, müssen sie den Grundsätzen weichen, die sich aus dem Wesen des Vertrages ergeben.[1]

Nach diesen Berufungsgründen gibt es heute vier Arten der Erbfolge: die testamentarische, die vertragsmäßige, die gesetzliche oder die Intestaterbfolge und die Notherbfolge. Von ihnen gehört die vertragsmäßige Erbfolge in das Gebiet des deutschen Privatrechts.

II. Die Fähigkeit einer Person, durch Gesetz oder Testament zu einer Erbschaft berufen zu werden, nennt man Erbfähigkeit oder Successionsfähigkeit.[2] Für die testa-

---

Bangerow, Pand. § 396, v. Gerber, Deutsch. Privatr. § 257, Avenarius, der Erbschaftskauf im röm. Recht (1877) S. 26 ff. Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 313, Bd. 8 Nr. 153, Bd. 13 Nr. 151, Bd. 18 Nr. 91, Bd. 30 Nr. 44, Bd. 31 Nr. 249.

b) Der Vertrag, in welchem der eine Contrahent den andern in seinem Testament oder in einem künftigen Erbeinsetzungsvertrag bedenken zu wollen verspricht, ist auf Grund des röm. Rechts nichtig, c. 34 i. f. C. de transact. (2. 4), c. 4 C. de inut. stip. (8. 38), l. 61 D. de V. O. (45. 1), l. 17 pr. D. ad SC. Treb. (36. 1). Manche Juristen folgern aus der Anerkennung der Erbverträge die heutige Gültigkeit auch dieses Vertrages. Eichhorn, Deutsch. Privatr. § 344, Windscheid, Pand. § 529 Note 4, wohl ohne ausreichenden Grund, vgl. darüber Hasse a. a. O. S. 206, Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 38, S. 109. Beseler, Erbvertr. Bd. 2, S. 61 ff. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 48 und Bd. 23 Nr. 121.

[1] Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten (1860) § 1 löst den Erbeinsetzungsvertrag in zwei selbständige Geschäfte auf: in die Erbeinsetzung und in den Verzicht auf die Testirfreiheit, um aus der Natur dieser beiden Geschäfte die auf den Erbeinsetzungsvertrag anzuwendenden Regeln abzuleiten; ihm stimmt bei Arndts Pand. § 501 Anm. 5. Der Untergang der Testirfreiheit ist in der That eine nothwendige Folge der Unwiderruflichkeit des Vertrages; für einen Verzicht, der denselben herbeiführen könnte, ist überhaupt kein Raum mehr. Gegen Hartmann erklären sich deshalb mit Recht Ruhwandl, Deutsche Gerichtszeitung 1863 Nr. 26. 27, u. Gerber, Deutsch. Privatr. § 257 Note 1, Windscheid, Pand. § 529 Note 3.

[2] Vgl. Mühlenbruch in Glücks Comment. Bd. 39 S. 117 ff., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 160, v. Bangerow, Pand.

mentarische und für die Intestaterbfähigkeit gelten heute[1] folgende Grundsätze:

Bd. 2 § 404, Brinz, Pand. § 177, § 205, Windscheid, Pand. § 535 Nr. 2, Schirmer, Erbr. § 4 u. mein System § 5.

[1] Nachstehende Vorschriften des römischen Rechts haben ihre Geltung verloren: a) Die Erbunfähigkeit der Peregrinen, Ketzer und Apostaten ist aufgehoben durch den gemeinrechtlichen Grundsatz, nach welchem die öffentliche und kirchliche Stellung einer Person auf ihre Privatrechtsfähigkeit nicht influirt, c. 1 C. de her. inst. (6. 24). l. 12 § 1 l. 13 D. de B. P. (37. 1) — c. 4 pr. § 2, c. 5. 19 C. de haer. (1. 5), Auth. Frider. Credentes C. eod., c. 3. 4 C. de apost. (1. 7). b) Die Erbunfähigkeit der Kinder von Hochverräthern, der zufolge die Söhne Niemanden beerben und die Töchter nur den Pflichttheil aus der mütterlichen Erbschaft erhalten können, ist beseitigt durch das Reichsstrafgesetzbuch § 80 ff. und schon vor demselben durch desuetudo, c. 5 C. ad leg. Iul. (9. 8), vgl. § 1 S. 38 Note 6 u. mein System § 5 Note 8. 33. c) Die Erbunfähigkeit der Wittwe wegen Verletzung des Trauerjahres durch eine zweite Ehe oder außereheliche Schwangerschaft, die testamento Niemanden, lege nur die Verwandten bis zum dritten Grade beerben kann, c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9), Nov. 22 c. 22, Nov. 39 c. 2, und die gleiche Erbunfähigkeit der Mutter, die als Vormünderin ihrer Kinder zur zweiten Ehe schreitet, bevor sie einem erbetenen neuen Vormund das verwaltete Vermögen unter Rechnungsablage ausgehändigt hat, c. 6 C. ad SC. Tert. (6. 56), Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2, sind durch das canonische Recht, (cap. 4 X de sec. nupt. 4. 21) bezw. per desuetudinem durch die Praxis außer Anwendung gesetzt, v. Bangerow, Pand. Bd. 1 § 227 Anm. 2, Sintenis, a. a. O. Bd. 3 § 137, Windscheid, Pand. Bd. 2 § 512 Note 2. 4, Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 301, Strippelmann, Entsch. d. O. A. G. zu Cassel Bd. 5 S. 218 ff., mein System § 5 Note 34. d) Die Erbunfähigkeit der incestuosen Ehegatten, die lege wie testamento nicht von einander, nicht von ihren in der incestuosen Ehe erzeugten Kindern und nicht von ihren rechtmäßigen Verwandten beerbt werden können, die zu der Ehe gerathen haben, c. 6 C. de inc. nupt. (5. 5) ist ausgeschlossen durch das Reichsstrafgesetzbuch § 173, aber nicht schon, wie man irrthümlich behauptet hat, durch Nov. 12 c. 3 § 1, v. Bangerow, Pand. § 404 u. mein System § 5 Note 37. e) Die Erbunfähigkeit der gesetzlichen Erben eines impubes, die ihn wegen versäumter Erbittung des Vormunds, falls er in der Unmündigkeit stirbt, weder ab intestato noch aus einer Pupillarsubstitution beerben können, ist außer Geltung getreten durch den Einfluß der Doctrin und Praxis in der Erwägung, daß heute die Obervormundschaft schon von Amtswegen den Vormund zu bestellen hat und nach den deutschen Landesgesetzen noch andere Personen verpflichtet sind, ihr von dem Vormundschaftsfall Kenntniß zu geben, l. 2 § 23, 26, 27, 43, 45, 46, 47 D. ad SC. Tert. (38. 17). l. 2 § 1—3 D. qui pet. tut. (26. 6),

1) Die Intestaterbfähigkeit haben die Verwandten des Erblassers[1] und der ihn überlebende Ehegatte. Sie fehlt den nondum concepti d. i. den Personen, die mit dem Erblasser nicht mehr verwandt geworden sind, weil sie bei seinem Tode noch nicht concipirt waren,[2] und sie fehlt den s. g. juristischen Personen, die Personenstelle vertreten. Nur der erblose Nachlaß wird ab intestato dem Fiscus deferirt, dem, wenn der Erblasser Soldat oder Geistlicher war, sein Regiment bezw. seine Kirche vorgehen.[3]

c. 3 C. ad SC. Tert. (6. 56), c. 10 C. de leg. her. (6. 58), c. 9. 11 C. qui pet. tut. (5. 31), Rudorff, Recht d. Vormundsch. Bd. 1 S. 435. A. M. Kraut, die Vormundsch. nach d. Grds. d. deutsch. R. Bd. 1 S. 279 ff. u. gegen ihn Sintenis u. a. O. § 147 Note 96.

[1] Auch die Agnaten, weil sie die Rechte der Cognaten haben, l. 1 § 4 D. unde cogn. (38. 8), l. 4 § 2 D. de gradib. (38. 10).

[2] l. 6. 7. D. de suis et legit. hered. (38. 16), l. 3 § 11 D. eod. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatum. l. 6 eod. qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tanquam suus heres . . . accipere potest. § 8 I. de hered. quae ab int. (3. 1) . . . quia nullo iure cognationis patrem sui patris tetigit. l. 6 pr. i. f. D. de iniusto (28. 3). Manche Juristen und Gerichte nehmen an, die Novelle 118 habe diesen Stellen ihre Geltung entzogen, weil sie nicht die Cognaten zur Intestaterbfolge berufe, sondern die Descendenten, Ascendenten und Collateralen des Erblassers als solche, also auch die Descendenten und Collateralen, die erst nach seinem Tode concipirt seien, Löbenstern in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 9 S. 215, Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 63. Dabei wird übersehen, daß in der Nov. 118 praef. u. c. 4 ausdrücklich gesagt ist, die Intestaterbfolge solle sich nicht mehr, wie im früheren Recht, an die agnatische, sondern an die cognatische Verwandtschaft knüpfen, und daß demgemäß nach ihr nur cognatische Descendenten ꝛc. des Erblassers Intestaterbfähigkeit haben. Nach einer andern ebenfalls unbegründeten Ansicht, Schirmer, Erbr. § 10 S. 189 Anm. 157, soll die Nov. 118 zwar die Cognaten des Erblassers berufen, aber den alten Begriff der cognatischen Verwandtschaft verlassen haben, nach welchem sie nur zwischen zwei Personen möglich ist, die noch gleichzeitig in rerum natura gewesen sind, l. 8 pr. D. de suis et leg. her. (38. 16); vgl. dagegen v. Vangerow, Pand. § 411, Arndts, Pand. § 474, Puchta Pand. 458 Note d, Sintenis, Civilr. § 160, Windscheid, Pand. § 571 Note 1. Nur durch Transmission der Delation und durch Universalvermächtniß kann die Erbschaft an Personen kommen, die beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt waren.

[3] c. 2. C. de her. dec. (6. 62). c. 20 C. de episc. (1. 3), Nov. 131 c. 13. Nach c. 20 cit. fiel auch der erblose Nachlaß von Kloster-

2) Die teſtamentariſche Erbfähigkeit oder die testamenti factio,[1] heute testamenti factio passiva genannt, muß der inſtituirte Erbe zu folgenden Zeiten haben:[2] a) zur Zeit der Erbeinſetzung, ut constiterit institutio, — fehlt ſie ihm zu dieſer Zeit, ſo iſt ſeine Erbeinſetzung nichtig, auch wenn ſie unter der Bedingung gemacht iſt, daß er beim Tode des Teſtators erbfähig ſein werde;[3] b) zur Todeszeit des Erblaſſers, oder im Fall einer bedingten Erbeinſetzung zur Zeit wo ſich die Bedingung erfüllt,[4] ut effectum habeat institutio, — der Mangel der Erbfähigkeit in dieſem Moment ſchließt für den inſtituirten extraneus die Delation, für den suus die Acquiſition der Erbſchaft aus, während

---

perſonen zunächſt an ihr Kloſter; heute ſind dieſe Perſonen nach canoniſchem Recht vermögensunfähig, vgl. § 1 Seite 41 Note 1.

[1] Ulpian. XXII. § 1. Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent. § 10 I. de testam. ordinand. (2. 10) . . . totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. l. 16 D. qui test. fac. poss. (28. 1).

[2] l. 49 § 1 D. de hered. inst. (28. 5). l. 50 pr. D. eod. § 4 I. de hered. qual. (2. 19).

[3] Dieſe Bedingung iſt nur im Soldatenteſtament zugelaſſen, l. 13 § 2 D. de test. mil. (29. 1), c. 5 C. h. t. (6. 21). Die Regel enthält l. 201 D. de R. I. (50. 17) Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. Heute iſt auch die Ausnahme aufgehoben durch das Reichsmilitärgeſetz vom 2. Mai 1874, welches die Vorrechte der Militärperſonen in Betreff ihrer letztwilligen Anordnungen auf die in § 44 bezeichneten privilegirten Formen beſchränkt. Manche Juriſten halten die Erbeinſetzung eines Erbunfähigen unter der Bedingung künftiger Erbfähigkeit heute für gültig auf Grund der l. 62 pr. D. de her. inst. (28. 5), die von der Capacität ſpricht (Seite 74 Note 2); ſie nehmen eine Uſualinterpretation an, nach der die Stelle von der Erbfähigkeit verſtanden werde, Mühlenbruch a. a. O. S. 144 ff., Mayer, Erbr. I. S. 45. Ein ſolches Gewohnheitsrecht iſt aber in der That nicht nachweisbar, Puchta, Pand. S. 471, Arndts, Pand. § 492 Note, im Rhein. Muſ. Bd. 5 S. 212 u. im Rechtslexikon Bd. 3 S. 909 ff.

[4] l. 60 § 4 D. de her. inst. (28. 5) . . . tempus, quo testator decessit . . . aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit. Im Widerſpruch mit dieſer Stelle behauptet Sintenis a. a. O. § 160, auch der sub conditione inſtituirte Erbe müſſe bereits zur Todeszeit des Erblaſſers erbfähig ſein.

eine bloße Unterbrechung der Erbfähigkeit in der Zwischenzeit unschädlich ist;[1] c) von der Delation ununterbrochen bis zur Acquisition, — hört sie für den Delaten auf, so geht seine Delation unter. Die Erbunfähigkeit des Testamentserben zu den erwähnten Zeiten macht also seinen Erbtheil zu einem vacanten, der durch Accrescenz an seine Miterben oder durch successive Delation an seine Nacherben kommt.[2]

Im heutigen Recht unterliegt die testamenti factio nur noch einer Beschränkung bei den juristischen Personen. Vermächtnisse können allen juristischen Personen zugewandt werden,[3] mit Ausschluß der hereditas iacens,[4] aber zur Erbeinsetzung sind sie iure communi unfähig.[5] Eine Ausnahme machen die Kirchen, die kirchlichen Institute, die Stiftungen, die Gemeinden und nach stillschweigender Anordnung der Staat.[6] Die Erbeinsetzung anderer Personenvereine, die Personenstelle vertreten, ist nichtig,[7] wenn

---

[1] l. 6 § 2 D. de her. inst. (28. 5). l. 60 § 4 D. eod.

[2] c. 1 C. de her. inst. (6. 24) . . . hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent. l. 3 pr. D. de his quae pro non script. (34. 8). c. 19 pr. C. de haer. (1. 5). c. 5 § 1. 3. 5 C. ad leg. Iul. (9. 8). c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9). c. 6 C. de inc. nupt. (5. 5). l. 2 § 47 D. ad SC. Tert. (38. 17).

[3] l. 20 D. de reb. dub. (34. 5). l. 93 D. de leg. (32).

[4] Ihr ist niemals Erbfähigkeit beigelegt, während ein servus hereditarius als Erbe und als Vermächtnißnehmer gültig honorirt werden konnte, weil die Erbschaft defuncti locum obtinet, vgl. Koeppen, Die Erbschaft S. 44 ff. Die Frage, ob man die Erbeinsetzung der hereditas iacens als Einsetzung des künftigen Erben auffassen und dadurch in eine gültige convertiren könne (Arndts, Pand. § 471 Note 3 a. E.), gehört nicht in die Lehre von der Erbfähigkeit, sondern von der Erbeinsetzung; ebenso die Frage, ob man durch Erbeinsetzung eine Stiftung errichten könne.

[5] Ulpian. XXII. 5. 6. Brinz, Pand. Abth. 2 S. 1084 sub b. v. Vangerow, Pand. § 429 Anm. 3 sub 3.

[6] c. 1. 22. 23. 26. C. de ss. eccles. (1. 2), Nov. 131 c. 9, c. 12 C. de hered. inst. (6. 24). Die Erbfähigkeit des Fiscus wird als selbstverständlich in den Quellen nirgends noch besonders erwähnt, Vellei. II. 4, Florus I. 35, Schirmer, Erbr. § 4 Note 10. Ueber die heute antiquirte c. 1 C. de Iudaeis (1. 9), welche die Judengemeinden für erbunfähig zu erklären scheint, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 252 ff.

[7] Die angebliche namentlich von Mühlenbruch a. a. O. S. 442

ihnen nicht durch constitutio personalis die Erbfähigkeit verliehen worden iſt.[1]

Nondum concepti ſtehen hinſichtlich der testamenti factio den juriſtiſchen Perſonen nicht gleich. Perſonen, die bei der Errichtung des Teſtaments noch nicht concipirt ſind, können gültig als Erben inſtituirt werden (institutio consistit);[2] dieſe Erbein-

u. Arndts, Pand. § 471 Note 3 behauptete Praxis, nach welcher jeder vom Staat anerkannten Corporation durch dieſe Anerkennung im Zweifel auch die Erbfähigkeit ertheilt ſein ſoll, läßt ſich als eine gemeinrechtliche nicht nachweiſen, Sintenis a. a. O. Bd. 1 § 15 Note 46, v. Vangerow, Pand. § 429 Anm. 3, Puchta, Pand. § 448, Schirmer a. a. O. § 4 S. 28 ff.

[1] c. 8 C. de hered. inst. (6. 24). Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est. Die Anſicht, welche die Worte si nullo etc. nicht von ſpecieller Verleihung der Erbfähigkeit, ſondern von bloßer Erlaubtheit des Collegiums verſtehen will, (Binding, Zeitſchr. f. Rtsgeſch. VIII. S. 301.) und annimmt, Juſtinian habe in ſeiner Conſtit. de incertis personis, (ſtückweiſe in c. un. C. de inc. pers. 6. 48 reſtituirt) die Einſetzung jeder erlaubten Corporation geſtattet, findet ihre Widerlegung in dem Nomokanon des Photius tit. 2 cap 2, wo der hierher gehörige Theil jener Conſtitution nach der Ueberſetzung von Auguſtinus ſo angegeben wird: Valet quod relinquitur licito collegio aut corpori, ut puta senatoribus aut curiae aut apparatoribus ...aut aliis personis. Partes autem aequis portionibus singuli capiunt, qui tempore mortis in eorum numero reperiuntur, nisi nominatim testator partes tribuerit. Hiernach war in dem Geſetz Juſtinian's nicht von der Honorirung einer Corporation als juriſtiſcher Perſon die Rede, ſondern von der Einſetzung ihrer zur Todeszeit des Teſtators vorhandenen Mitglieder, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 434 ff., v. Vangerow, Pand. § 429 Anm. 3 a. E. Selbverſtändlich iſt auch bei Perſonenvereinen, die überhaupt nicht Perſonenſtelle vertreten, nur eine ſolche Einſetzung ihrer Mitglieder möglich. Ueber die Erbunfähigkeit einer Behörde ohne juriſtiſche Perſönlichkeit, namentlich eines biſchöflichen Ordinariats, und der modernen Genoſſenſchaften, vgl. Seuffert, Arch. Bd. 22 Nr. 246, Bd. 33 Nr. 104, Blätter für Rechtsanwendung in Bayern Bd. 22 S. 280 ff., und über die Domkapitel ebenda Bd. 32 S. 327 ff. S. 337 ff.

[2] l. 3 D. de B. P. s. t. (37. 11) Verum est omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse. Hiernach haben nicht blos die pflichttheilsberechtigten postumi des Teſtators die testamenti factio possiva, wie Heumann, Zeitſchr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 19 S. 338 ff. behauptet; vgl. auch

ſetzung wird aber nichtig, wenn ſie auch beim Tode des Teſtators noch nicht concipirt ſind.[1] Solchen Perſonen kann die Erbſchaft nur auf dem Wege des Univerſalvermächtniſſes zugewandt werden, weil die directe Erbfolge nicht zum Nachtheil der Erbſchaftsgläubiger in infinitum ungewiß bleiben darf.[2] Dem nondum conceptus fehlt daher nicht die testamentio factio, ſondern nur die Capacität[3] d. i. die Fähigkeit, aus der gültigen Erbeinſetzung Delat oder als suus Erbe zu werden.[4]

---

l. 10 D. de ventre in poss. mitt. (37. 9), l. 29 pr. § 2. 3 D. de lib. et post. (28. 2). Ueber das ältere Recht vgl. v. Vangerow, Pand. § 429 Anm. 3 sub 2. und mein Syſtem § 5 Note 42.

[1] Das iſt trotz der in der vorigen Note citirten Stellen nicht unbeſtritten. Es wird in der Praxis wie in der Doctrin die Anſicht vertreten, die Erbeinſetzung von postumi, welche beim Tode des Erblaſſers noch nicht concipirt ſeien, bleibe gültig, weil auch ſie testamenti factio passiva hätten. Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 63, Bd. 25 Nr. 246. Mayer, Erbr. I. S. 37 Anm. 7 ſtützt dieſe Anſicht auf Juſtinians Conſtitution de incertis personis (S. 67 Note 1). In dem Auszuge dieſer Conſtitution im Baſilikenrepertorium des Tipucitus heißt es aber: non permittit (constit.) heredes scribi incertos, nisi conceptus sit, Basil. XLIV. 18. 29. Mühlenbruch a. a. O. S. 406 ff. Sintenis a. a. O. § 160. v. Vangerow, Pand. § 429 Anm. 3 sub 3 b.

[2] l. 32 § 6 i. f. D. de legat. (31). Mühlenbruch a. a. O. S. 412 ff. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 309, Bd. 15 Nr. 141.

[3] Ueber dieſen in der Literatur nicht immer richtig beſtimmten Gegenſatz vgl. v. Vangerow, Pand. § 429, Windſcheid, Pand. § 550 und die dort citirten Schriften.

[4] Ganz in derſelben Weiſe wie z. B. den caelibes nach der lex Iulia et Papia Popp. Sie konnten gültig zu Erben eingeſetzt werden, aber die Delation aus der Erbeinſetzung oder, was daſſelbe iſt, der Erwerb des ius capiendi (Sueton. Domit. c. 8) konnte für ſie nicht eintreten, wenn ſie nicht innerhalb hundert Tagen nach dem Tode des Teſtators heiratheten, Gaius II. 168, Ulpian. XVII 1. Ebenſo können nondum concepti gültig inſtituirt werden (S. 67 Note 2), aber das ius capiendi können ſie nicht erwerben, wenn ſie nicht innerhalb zehn Monaten nach dem Tode des Teſtators geboren werden (S. 64 Note 2). Nach unſerem heutigen juriſtiſchen Sprachgebrauch müſſen daher die nondum concepti bei der teſtamentariſchen Erbfolge als incapaces den Erbunfähigen gegenüber geſtellt werden. Der Ausdruck capacitas in dem hier in Rede ſtehenden Sinn findet ſich in l. 55 § 1 D. de leg. (31) und bei Ulpian. XVI. Er bezeichnet nicht blos die Fähigkeit, aus einer gültigen Erbeinſetzung Delat oder als suus Erbe zu

Eine Incapacität in solidum tritt im Juſtinianiſchen und heutigen Recht nur noch bei den nondum concepti ein;[1] ſie macht die Erbſchaft mit derſelben Wirkung vacant, wie der Mangel der testamenti factio.[2] Anders geſtaltet ſich das Verhältniß bei der theilweiſen Incapacität in den in das heutige Recht übergegangenen Fällen.[3] Dieſe hindert nicht blos den Erwerb aus Erbeinſetzungen, ſondern aus allen Zuwendungen titulo lucrativo, ſowohl mortis

---

werden, ſondern auch die Fähigkeit zur Delation aus einem gültigen Vermächtniß, Sueton. Domit. c. 8 . . . ademit ius capiendi legata hereditatesque. Sonſt wird dieſe Fähigkeit durch capax esse, capere posse, usque ad certum modum capere posse, partem capere posse bezeichnet, und die Incapacität durch capere prohiberi legibus, solidum, totum capere non posse. Dieſelben Ausdrücke werden aber in den Quellen häufig auch auf die testamenti factio passiva bezogen, weil ihr Mangel beim Tode des Teſtators ebenfalls für den inſtituirten extraneus die Delation, für den suus die Acquiſition der Erbſchaft ausſchließt, Gaius II. 110. 111. Ulpian. XXII. § 3. § 4 I. de hered. qual. (2. 19), l. 73 D. de leg. (31); vgl. Brissonius s. v. capere. Manche Juriſten betrachten die Incapacität nicht als ein Hinderniß der Delation, ſondern nur der Acquiſition der Erbſchaft, z. B. Buchta, Vorl. § 448—450 sub 4, Brinz, Pand. § 205, vgl. auch Windſcheid, Pand. § 550 Note 2; dies widerſpricht der l. 151 D. de V. S. (50.16). S. auch S. 72 Note 4. 5, S. 73 Note 1.

[1] Im röm. Recht waren noch incapaces in solidum die Latini caelibes und die mulieres probrosae, Ulpian. XXII. 3. 8, Gaius II. 286, Ulpian. XVII. 1, Sueton. Dom. c. 8, l. 41, § 1 D. de test. milit. (29. 1), c. 23 pr. § 3 C. de nupt. (5. 4). Die Vorſchriften über die Latini und caelibes haben bereits im Juſtinianiſchen Recht ihre Geltung verloren, C. 8. 58 de inf. poen. caelib., c. un. C. de lat. lib. toll. (7. 6), im heutigen Recht auch die über die mulieres probrosae durch desuetudo, Mühlenbruch a. a. O. S. 180, S. 276 ff. Sintenis, a. a. O. S. 167 Note 15.

[2] Nach der lex Julia et P. P. wurde das einem incapax Zugewandte caducum, und alle caduca fielen nach einer Conſtitution Antonin's an den Fiscus, Ulpian. XVII. 1. 2, Juſtinian hob die Caducität auf und ſtellte das caducum dem was pro non scripto gilt (S. 66 Note 2) gleich, c. un. C. de lat. lib. toll. (7. 6), c. un. C. de cad. toll. (6. 51); vgl. Buchta, Curſ. d. Inſtit. Bd. 3 § 326.

[3] Die theilweiſe Incapacität der orbi, des pater solitarius und der Ehegatten unter einander, wie ſie die lex Iulia et P. P. vorſchrieb, Gaius II. 286a 111, 144, Ulpian. XIII, XV, XVI, wurde bereits im vorjuſtinianiſchen Recht aufgehoben, C. VIII. 58 de inf. poen. cael. et orb.; und Juſtinian's Beſtimmung, nach welcher wer eine Wittwe während des

causa wie inter vivos, und wirkt nicht wie der Mangel der testamenti factio. Sie beruht auf folgenden beiden Vorschriften Justinian's:

a) Wer bei seinem Tode rechtmäßige und pflichttheilsberechtigte Descendenten hat, kann seinen Concubinenkindern und deren Mutter zusammen nur 1/12, der Concubine allein nur 1/24 seines Vermögens hinterlassen oder schenken. Auf das plus sind sie incapax, es fällt den rechtmäßigen Kindern zu. Stehen ihnen rechtmäßige Kinder überhaupt nicht gegenüber, oder ist von denselben der Anspruch auf den Pflichttheil verwirkt, so haben auch die Concubinenkinder und die Concubine volle Capacität. [1]

Justinian beschränkte diese Vorschrift, wie nicht bezweifelt werden kann, auf die liberi naturales nur deßhalb, weil die Feststellung der Vaterschaft für spurii gesetzlich unzulässig war. Heute, wo der Beweis des Beischlafs in der gesetzlichen Conceptionszeit die Paternität zur juristischen Gewißheit bringt, muß sie, wenn dieser Beweis geführt ist, auf uneheliche Kinder überhaupt angewandt werden. [2]

Trauerjahres heirathet, von ihr durch letzten Willen nicht mehr als ein Dritttheil ihres Vermögens erwerben kann, und das plus an die übrigen Testamentserben fällt, Nov. 22 c. 22 pr. § 1, c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9) ist außer Geltung gesetzt durch das canonische Recht, welches in der Wiederverheirathung während des Trauerjahres nichts Strafbares sieht, c. 4 X. de sec. nupt. (4. 21), eventuell per desuetudinem, Glück, Comment. Bd. 24 S. 197 ff., Geiger, Zeitschr. f. Civilr. Bd. 19 S. 228, Puchta, Pand. § 429, Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 137 Note 15, Windscheid, Pand. II. § 512 Note 2.

[1] Nov. 89 c. 12 § 2 ... sancimus, si quis legitimos liberos habeat, ut liberis illis (naturalibus) eorumque matri ultra unam unciam relinquere, vel naturalibus liberis vel concubinae donare non possit ... Sed et si quid amplius quocunque modo dare velit, hoc liberorum sit legitimorum. Si vero liberi non adsint, sed concubina solum, huic dimidiam unciam dari vel relinqui permittimus. § 3. Quod si nec liberos legitimos, nec aliquem ascendentium habent, quibus testatores legitimam partem substantiae suae relinquere necesse est, liceat etiam in duodecim uncias liberos naturales heredes scribere atque inter eos eo quo volunt modo res dividere et vel per simplicem vel ante nuptias donationem, vel per dotem vel alio quocunque legitimo modo substantias suas ad eos deferre. Ueber das frühere Recht vgl. c. 2. 8. C. de nat. lib. (5. 27).

[2] Puchta, Pand. § 471 Note d. Arndts, Pand. § 492 Note 5.

b) Wer einen Wittwer oder eine Wittwe geheirathet hat, kann von diesem coniux binubus durch Schenkung und mortis causa nicht mehr erhalten, als derselbe dem geringst bedachten pflichttheilsberechtigten Kinde erster Ehe hinterlassen hat. Ist einem solchen Kinde weniger als der Pflichttheil hinterlassen, so gilt dieser als hinterlassen und der neue Ehegatte ist nur auf ebensoviel capax;[1] dagegen wird seine Capacität nicht eingeschränkt, wenn das bedachte Kind das Recht auf den Pflichttheil eingebüßt hat.[2] Was dem neuen Ehegatten zu viel zugewandt ist, fällt an die Kinder erster Ehe zu gleichen Theilen, mit Ausschluß derjenigen, die hätten ent-

---

und im Rechtslexikon Bd. 3 S. 917. Brinz, Pand. § 205 a. E. Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 64. Nach der Meinung anderer Juristen beschränkt die Nov. 89 cit. ihre Vorschrift auf die Concubinenkinder, weil andere uneheliche Kinder dem Vater zu ferne ständen, um seiner legitimen Descendenz bei der Vergabung der Erbschaft gefährlich werden zu können; sie verneinen deshalb die heutige Anwendbarkeit der Vorschrift, da es nach dem Verbot des Concubinats durch das canonische Recht und die Reichsgesetze rechtlich keine Concubinenkinder mehr gebe, Mühlenbruch a. a. O. S. 334, v. Vangerow, Pand. § 429 Anm. 2, Sintenis a. a. O. § 167 Note 15, Windscheid, Pand. § 550 Note 9, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 223, Bd. 8 Nr. 68, Bd. 10 Nr. 64. Bd. 11 Nr. 262.

[1] Nov. 22. c. 27 . . . si ex priore matrimonio parentes habeant liberos, deinde secundum uel etiam sequens matrimonium ineant, neque patres in novercam, nec matres in vitricum quamlibet liberalitatem inter vivos conferre vel mortis causa quid relinquere posse, nisi tantum, quantum unus filius aut filia, si solus sit, a parente habet. Si uero plures sint liberi et singuli aequalem habeant partem . . . non plus accipiant, quam ad singulos pervenit. Sin autem inaequalia sint ea, quae relicta sunt, necesse sit, ut ad novercam vel vitricum ex quacunque liberalitate parentis tantum veniat, quantum filius, qui minus habet, quam reliqui ex bonis illius vel ultima voluntate relictum vel etiam inter vivos datum capit, scilicet . . illa . . . tertia vel dimidia parte secundum legem nostram liberis omnino relinquenda aut danda sunt, nisi rursus ingratitudinis ratio obstet. Hiernach ist bei der Frage, ob der neue Ehegatte zu viel erhalten hat, Alles in Rechnung zu ziehen, was an ihn von dem coniux binubus von Todeswegen oder unter Lebenden titulo non oneroso gekommen ist, insbesondere auch die der zweiten Ehefrau gebührende portio statutaria. Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 61. 204 und dagegen Bd. 16 Nr. 120 S. 216. Das frühere Recht enthält c. 6 pr., c. 9 pr. C. de sec. nupt. (5. 9).

[2] c. 10 C. de sec. nupt. (5. 9). Seuffert Arch. Bd. 9 Nr. 173.

erbt werden können.[1] Sind die Kinder erſter Ehe todt, ſo treten die Kindeskinder an deren Stelle.[2] Jeder Enkelſtamm zählt für Eine Perſon; der ihm zugewandte Betrag iſt daher der Kindestheil, welcher auch dem neuen Ehegatten zugewandt werden darf.[3]

Nach beiden Vorſchriften kommt die Capacität der bedachten Perſonen erſt zur Todeszeit des Gebers in Frage,[4] und der Beſtand ſeines Vermögens zu dieſer Zeit entſcheidet darüber, ob die Gabe den geſetzlichen Betrag überſchreitet.[5] Nur wenn die Be-

---

[1] Nov. 22 c. 27 . . . liberis competat atque inter hos solos, ex aequo dividatur . . . liberi, qui erga parentes se gratos praebuerunt, inter se dividant, non qui erga eos ingrati probantur et eiusmodi ingratitudinis rei sunt, quam leges requirunt. Die Meinung, das zuviel Hinterlaſſene werde nicht blos unter die Kinder, ſondern unter ſie und dem zweiten Ehegatten vertheilt, beruht auf einem Mißverſtändniß der versio vulg.: hoc autem, quod plus est, dividant ad invicem grati filii parentibus, wo parentibus nicht zu dividant zu beziehen iſt, ſondern von grati abhängt, v. Vangerow, Pand. I § 227 Anm. 1 sub I b, Seuffert Arch. Bd. 17 Nr. 63. Bei der Klage der Kinder auf Herausgabe des zuviel Zugewandten müſſen ſie den Betrag deſſelben beweiſen; der verklagte Ehegatte iſt nicht zur Errichtung eines Inventars oder einer eidlichen Privatſpecification verpflichtet, Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 62, Bd. 13, Nr. 98.

[2] Nov. 22. c. 27 . . . Idem observetur in avo et avia, proavo et proavia etc.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 63, Bd. 16 Nr. 120 S. 217. — Der Nachtheil, den die Nov. 22 l. c. an die zweite Ehe knüpft, kann ſelbſtverſtändlich auch nicht abgewandt werden durch eine Verfügung des zuerſt verſterbenden Ehegatten, der überlebende ſolle ſeinem etwaigen zweiten Ehegatten mehr hinterlaſſen dürfen, als einem Kinde erſter Ehe: denn das Geſetz macht den Anſpruch der Kinder erſter Ehe nicht von der Willkür des zuerſt verſterbenden Ehegatten abhängig, Glück, Comment. Bd. 24 S. 163. Holzſchuher, Theor. u. Caſuiſtik d. gem. Civilr. Bd. 1 S. 700. Geiger, Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 19 S. 198 ff. Blätter f. Rechtsanw. in Bayern Bd. 19 S. 138, Bd. 25 S. 382.

[4] l. 52 D. de legat. (31). l. 78. 79. 80 D. de hered. inst. (28. 5). Es iſt alſo z. B. das nach der Erbeinſetzung legitimirte uneheliche Kind in solidum capax; ebenſo das uneheliche Kind und ſeine Mutter ſowie der zweite Ehegatte, wenn bei der Delation an ſie die legitimen Deſcendenten des Erblaſſers beziehungsweiſe ſeine Kinder und Enkel aus erſter Ehe nicht mehr am Leben ſind.

[5] Nov. 22 c. 28 . . . optimum nobis visum est, ut tempus mortis parentis, qui secundas nuptius contraxit, observetur.

dachten jetzt noch incapaces sind, gilt das plus als nicht geschenkt oder nicht hinterlassen und fällt an die rechtmäßigen Kinder bzw. an die Kinder erster Ehe.[1]

Honorirte Personen, die sich gegen den Testator anheischig machen, einem incapax mehr zu restituiren, als das Gesetz gestattet, trifft zur Strafe die Indignität: der Fiscus kann ihnen, was sie an den incapax herausgeben sollen, wegen Unwürdigkeit entreißen. Nur Hauskinder bleiben von dieser Strafe frei, weil sie dem Vater Gehorsam schuldig sind.[2]

Außer Anwendung treten beide Vorschriften: wenn der Testator die Personen, zu deren Gunsten die Incapacität angeordnet ist, gültig enterbt hat, wenn dem incapax eine insolvente Erbschaft deferirt wird, und wenn er das ihm Hinterlassene an einen capax herausgeben muß.[3] Dagegen werden sie nicht außer Anwendung gesetzt, wenn der Erblasser den incapax unter der Bedingung der künftigen vollen Capacität bedacht hat. Die theilweise Incapacität der unehelichen Kinder und des zweiten Ehegatten soll den legitimen Descendenten und den Kindern erster Ehe einen Schutz gegen Vergabungen an Personen gewähren, deren Concurrenz ihnen gefährlich werden kann. Dieser Schutz würde völlig illusorisch werden, wenn der Erblasser den incapaces mehr, als das Gesetz gestattet, unter der Bedingung zuwenden könnte, daß sie den Tod der ihnen im Wege stehenden Personen erleben.[4] Deshalb ist denn auch jede

---

[1] Nov. 22 c. 27 . . . . id quod ultra illum modum vel noverca vel vitrico relictum aut datum est, quasi neque scriptum, neque relictum, neque datum aut donatum sit, liberis competat. Irrthümlich nimmt v. Bangerow Pand. § 429 Anm. 2 statt theilweiser Incapacität eine beschränkte testamenti factio passiva der liberi naturales und des zweiten Ehegatten an; er übersieht, daß dann für die Gültigkeit der Zuwendung schon die Zeit, wo sie gemacht wird, entscheidend sein müßte, nicht erst die Todeszeit des Gebers.

[2] l. 10 pr. D. de his quae ut indign. auf. (34. 9), l. 10 § 1. 2, l. 11. 18. 23 D. eod., l. 3 § 4 D. de iure fisci (49. 14), c. 9 C. de his quae ut indign. (6. 35), l. 9 § 2 D. h. t. (34. 9), c. 4. 8. 9. C. h. t. (6. 35), l. 29 § 1 D. de iure fisci (49. 14.)

[3] c. 10 C. de sec. nupt. (5. 9). Nov. 89 c. 12 § 3. — l. 72 D. de her. inst. (28. 5). — l. 42 D. de legat. (31).

[4] Er würde dann z. B. sogar seinen ehelichen Kindern auf ihre

Dispositionen verboten, die das gesetzliche Maximum überschreitet.[1] Der postumus kann nicht als Erbe unter der Bedingung instituirt werden, daß seine Conception noch nach dem Tode des Erblassers erfolgen werde, und dem pro parte incapax kann überhaupt keine Liberalität zugewandt werden unter der Bedingung der künftigen vollen Capacität. Die Bedingung gilt in beiden Fällen als eine rechtlich unmögliche pro non adiecta.[2]

III. Die Wirkung der gesetzlichen und testamentarischen Berufung datirt für den Berufenen stets erst von dem Moment, wo der Tod des Erblassers erweislich eingetreten oder wegen Verschollenheit zu präsumiren ist:[3] hereditas viventis non datur.

Todeszeit Universalfideicommisse zu Gunsten seiner unehelichen Kinder auferlegen dürfen, ohne an die gesetzliche Schranke gebunden zu sein.

[1] c. 6 pr. D. de sec nupt (5. 9) . . . non sit ei licitum novercae seu vitrico testamento vel sine scriptura seu codicillis, hereditatisve iure sive legati vel fideicommissi titulo plus derelinquere. Nov. 22 c. 27 pr. Nov. 89 c. 12 § 2 . . sed si quid amplius dare tentaverit quolibet modo, hoc fieri filiorum legitimorum.

[2] In den Incapacitätsfällen der lex Iulia et P. P. war die Honorirung unter der Bedingung der künftigen Capacität gestattet, l. 62 pr. D. de hered. inst. (28. 5), l. 51 pr. D. de legat. (31). Aus der Inscription und dem Inhalt der zweiten Stelle ergibt sich, daß die erste sich zunächst auf die Incapacitätsfälle der lex Iulia bezog. Hier handelte es sich um eine Strafe des Cölibats und der Orbität, die suspendirt werden mußte, wenn der Testator seine Zuwendung von der conditio nuptiarum oder liberorum abhängig machte, um die Zwecke des Gesetzes zu fördern. Denselben Charakter hatte die später eingeführte Incapacität der mulieres probrosae; auch sie war eine Strafe, durch welche das Gesetz dem unsittlichen Lebenswandel der Frauen entgegen wirken wollte. Hier mußte deshalb auch die Honorirung auf die Zeit der Capacität, also unter der Bedingung der Besserung zulässig sein, c. 23 pr. § 3 C. de nupt. (5. 4), c. 33 pr. C. de episc. (1. 4), Mühlenbruch a. a. O. S. 267 ff. Anders verhält es sich mit den noch dem heutigen Recht angehörenden Incapacitätsfällen, die keine Strafe, sondern nur den im Text erwähnten Schutz bezwecken: bei den postumi gegen die Inconvenienzen einer sonst bis in's Unendliche möglichen Ungewißheit der directen testamentarischen Erbfolge, und in den beiden Fällen der theilweisen Incapacität gegen eine gefährliche Concurrenz. Es kann deshalb nicht zweifelhaft sein, daß die l. 62 cit. im heutigen Recht ihre Geltung verloren hat; vgl. Windscheid, Pand. § 550 Note 9 a. E.

[3] § 1 S. 40 Note 1.

Erfolgt die Berufung unter Bedingungen, ſo entſteht in dieſem Moment für ihn ein von dieſen Bedingungen abhängiges Recht auf den Erwerb der Erbſchaft.[1] Haben ſich aber dieſe Bedingungen erfüllt, oder iſt die Berufung von vornherein eine unbedingte, ſo hat ſie als ſolche verſchiedene Wirkungen nach ius civile und nach ius praetorium. Nach prätoriſchem Recht bewirkt ſie ſtets nur die Delation der Erbſchaft für den heres suus wie für den heres extraneus.[2] Dieſe prätoriſche Delation heißt bonorum possessio. Sie iſt, je nachdem ein Teſtaments-, ein Noth- oder ein Inteſtaterbe berufen wird, eine b. p. secundum tabulas, contra tabulas und ab intestato.[3] Unſerem heutigen Recht gehören dieſe bonorum possessiones mit ihren beſonderen Vorſchriften über den Erwerb der Erbſchaft nicht mehr an. Es kennt nur hereditates[4] d. i. Berufungen zur Erbſchaft mit den Wirkungen des ius civile.[5]

---

[1] S. § 4.

[2] l. 3 § 3 D. de b. p. (37. 1) Invito autem nemini bonorum possessio acquiritur.

[3] l. 6 § 1 D. eod. § 3 I. h. t. (3. 9).

[4] Im weiteren Sinne begreift der Ausdruck hereditas auch die bonorum possessio. l. 138 D. de R. I. (58. 17).

[5] Schon im Juſtinianiſchen Recht ſind von dem prätoriſchen Erbrechtsſyſtem nur die b. p. unde vir et uxor auf dem Gebiet des Inteſtaterbrechts und einzelne b. p. secundum tabulas ſtehen geblieben, l. 11 § 2 D. de b. p. s. t. (37. 11), l. 1 § 6 D. eod. Aus der Art und Weiſe, wie in Conſtitutionen Juſtinian's, c. 19—22 C. de iure del. (6. 30), über den Erbſchaftsantritt geſprochen wird, läßt ſich ſchließen, daß zu ſeiner Zeit bereits bei den prätoriſchen Erben die Agnition der b. p. mit den für ſie vorgeſchriebenen Formen und Friſten, § 9—12 I. de B. P. (3. 9), durch eine formloſe Erklärung erſetzt werden konnte, wie ſie beim Antritt der civilen hereditas genügte, Gaius II 167. Jedenfalls iſt durch die Praxis des 16. Jahrhunderts folgender Grundſatz zur Geltung gekommen: die bonorum possessiones ſind antiquirt, alle Erbſchaftsdelationen ſtehen unter den Regeln über die civile hereditas, vgl. Leiſt, die Bonorum Poſſeſſio, ihre geſchichtl. Entwickelung und heutige Geltung (1844. 1848) Bd. 2 Abth. 2 S. 349. 405 ff., und Fortſ. von Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 Bd. 2 S. 314 ff. Durch das erſte Werk hat Leiſt den erwähnten Grundſatz auch in der heutigen Praxis zur Anerkennung gebracht. vgl. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 313 (1834) und dagegen Bd. 7 Nr. 71 (1852). Stehen geblieben ſind im heutigen Recht nur diejenigen bonorum possessiones, bei welchen es ſich um die proviſoriſche Einweiſung in den

Die civile Wirkung besteht aber nur für den heres extraneus in der Delation, für den heres suus dagegen in der Acquisition der Erbschaft.[1]

Von der Delation und von der Acquisition der Erbschaft handeln die beiden folgenden Kapitel. Den Schluß des allgemeinen Theils bildet der Schutz des Erbrechts, welches durch die Acquisition der Erbschaft begründet wird.

Zweites Kapitel.

Von der Delation der Erbschaft.

1. Natur der Delation oder der Erbberechtigung.*

§ 4.

Eine Erbschaft ist einem heres extraneus deferirt, wenn er sie durch den Antritt erwerben kann d. i. durch die Erklärung, daß er sie haben will.[2] Die Delation besteht daher in der Acquisition der Erbschaft unter der Potestativbedingung: si volet. Diese Bedingung ist eine conditio iuris. Deshalb wird sie der Erbeinsetzung eines extraneus ohne Wirkung hinzugefügt;

Besitz einer Erbschaft handelt, mit dem Zweck, dem Eingewiesenen das commodum possessoris im Erbschaftsprozeß zu gewähren. Sie müssen noch heute vom Richter erbeten werden, aber die römischen Agnitionsfristen werden auch bei ihnen nicht mehr beachtet, Leist, Bonorum Possessio Bd. 2 Abth. 2 S. 421. Vgl. auch Brinz, Pand. § 176. § 204, Schirmer, Erbr. § 7 und S. 106. Sintenis a. a. O. § 193 Note 1.

[1] S. Einleit. Seite 8 ff.

* Vgl. Glück, Comment. Bd. 6 S. 528 ff., Bd. 42 S. 289. 414, Hunger, Erbr. § 8, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 159, Brinz, Pand. § 152. 192, Schirmer, Erbr. § 1, meine Abhandl.: Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses in v. Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 S. 127 ff., Northoff, Erörter. aus dem röm. Erbr. ebenda Bd. 6 S. 185 ff. dazu meine „Entgegnung" Bd. 6 S. 307, mein System § 3.

[2] l. 151 D. de V. S. (50. 16). Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

für ihn ist der Erwerb der Erbschaft schon nach Rechtsvorschrift von dieser Bedingung abhängig. [1]

Jeder Rechtserwerb unter einer Potestativbedingung begründet für den Erwerber ein Wahlrecht. Er hat die alternative Befugniß, den bedingten Erwerb durch Erfüllung der Bedingung zu einem unbedingten zu machen, oder durch Nichterfüllung der Bedingung aufzuheben. Mit jedem Wahlrecht verbindet sich ein Deliberationsrecht, ius deliberandi, die Befugniß des Berechtigten, sich die Wahl zu überlegen. [2] Ein solches Wahl- und Deliberationsrecht erhält daher auch der heres extraneus durch die Delation der Erbschaft. [3] Er hat die Wahl, ob er den bedingten Erwerb der Erbschaft durch Erfüllung der Bedingung d. i. durch Erklärung des Antritts zu einem unbedingten machen, oder durch die Deficienz der Bedingung d. i. durch die Erklärung der Repudiation aufheben will. [4] Dieses Wahlrecht des Delaten heißt in den Quellen ius successionis vel hereditatis oder schlechthin hereditas im s. S., weil es das Recht auf die Succession in die Erbschaft, also auf die Erbfolge und durch sie auf die Erbschaft

---

[1] l. 12 D. de cond. (28. 7). Verba haec: Publius Maevius si volet heres esto, in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat: nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres.

[2] So z. B. beim Rechtserwerb des negotiorum gestor für den ratihabitionsberechtigten dominus negotii: er erfolgt unter der potestativen conditio iuris der Ratihabition und begründet für den Dominus das Wahl- und Deliberationsrecht, ob er ratihabiren will oder nicht, l. 24 D. de neg. gest. (3. 5), l. 13 D. de solut. (46. 3), l. 13 § 27 D. de A. E. et V. (19. 1).

[3] Gaius II. 162. Einleit. S. 10 Note 1.

[4] Gaius II. 169, § 7 I. de her. qual. (2. 19). l. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2), Einleit. S. 10 Note 2. Die Ansicht Puchta's Vorl. § 448 ff., die auch Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen § 5, theilt, die Delation verleihe dem berufenen Erben überhaupt kein Recht, die Möglichkeit, den Antritt zu erklären, sei ein bloßer Ausfluß der natürlichen Freiheit des Menschen, findet ihre Widerlegung beispielweise schon durch den Umstand, daß der Delat gegen eine metu veranlaßte aditio oder repudiatio hereditatis Anspruch auf i. i. r. hat, l. 21 § 5. 6 D. quod met. c. (4. 2).

gewährt.[1] Heute wird es durch den Ausdruck Erbberechtigung (ius succedendi) bezeichnet.

Aus dem Begriff der Delation oder der Erbberechtigung ergeben sich folgende allgemeinen Grundsätze:

1) Die Voraussetzung der Delation ist die unbedingte Berufung eines extraneus mit Erbfähigkeit und Capacität. Die Berufungsgründe (§ 3) sind für den extraneus auch die Delationsgründe (§ 5). Nach den beiden römischen Delationsgründen ist die Erbberechtigung eine hereditas legitima oder testamentaria.[2]

Wird ein extraneus als Testamentserbe unter einer conditio facti berufen, so erwirbt er die Erbschaft beim Tode des Erblassers zunächst unter dieser Bedingung; erst wenn durch ihre Erfüllung seine Berufung eine unbedingte geworden ist, tritt für ihn der Erwerb der Erbschaft unter der conditio iuris: si volet, also die Delation oder der Erwerb der Erbberechtigung ein.[3]

Ebenso wird bei der successiven Berufung freiwilliger Erben, wie sie testamento durch Substitutionen, lege durch die successio ordinum et graduum und bei nachträglicher Unwirksamkeit eines Testaments erfolgt, nur dem nächsten pure berufenen Erben die Erbschaft deferirt. Die nachfolgenden Erben erwerben sie dagegen beim Tode des Erblassers unter zwei conditiones iuris, die sich nach einander erfüllen müssen: zuerst unter der Bedingung, daß das Recht der vorgehenden Erben erlischt und, wenn sich diese erfüllt hat, unter der weiteren Bedingung, daß sie die Erbschaft haben wollen. Deshalb ist ihr Recht beim Tode des Erblassers noch keine Erbberechtigung, weil es noch nicht die proxima spes giebt.[4] Es wird dies erst, wenn die zur Delation erforder-

---

[1] § 2 I. de reb. incorp. (2. 2). l. 1 § 1 D. de D. R. (1. 8). Einleit. S. 10 Note 3. 4.

[2] Die Quellen sagen: hereditas ex testamento vel iure legitimo obvenit, oder ex testamento vel ab intestato defertur, ad nos pervenit u. dgl., l. 34 pr. D. de H. P. (5. 3). l. 2 pr. D. fam. herc. (10. 2), § 6 I. per quas pers. (2. 9), Gaius II. 34 sqq.

[3] l. 13 D. de condit. (28. 7). Ei qui ita hereditatem . . . accepit, „si decem dederit“ neque hereditas . . . aliter acquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres . . . per quod hereditas . . . acquiri solet.

[4] l. 1 § 14 D. de insp. ventre (25. 4) Denuntiari autem oportet

liche Bedingung eingetreten ist. Rechtlos stehen aber auch sie inzwischen der Erbschaft nicht gegenüber.[1] Eine Substitution, aus welcher der Substitut nicht schon beim Tode des Erblassers ein Recht erwirbt, muß für immer wirkungslos bleiben: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est;[2] und eine Verwandtschaft durch welche nicht schon beim Tode des Erblassers ein Anspruch auf die Intestaterbfolge entstanden ist, kann ihn überhaupt nicht begründen.[3] Gleichwohl bleiben bis zum Antritt die iura hereditaria subjectlose Rechte.[4] Der Umstand, daß sie bereits unter Bedingungen erworben sind, hebt während der Pendenz ihre Herrenlosigkeit nicht auf: quod pendet, non est pro eo quasi sit.[5] Aber wenn sich die conditio iuris: si volet

his, quos proxima spes successionis contingit. c. 8 C. comm. de succ. (6. 59) . . . testamentariae successionis spe durante intestati bona defuncti non recte vindicantur. Durch spes bezeichnen die römischen Juristen jedes unter einer conditio erworbene Recht, § 4 I. de V. O. (3. 15). l. 54 D. de V. S. (50. 16). c. 3 § 2 i. f. C. comm. de legat. (6. 43).

[1] l. 1 § 13 D. de insp. ventre (25. 4). Sed et si servus heres institutus fuerit, si nemo natus sit. . . . huic quoque servo . . . quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio Praetoris esse concedenda . . . cum sit in spe constitutus successionis.

[2] l. 18 i. f. D. comm. praed. (8. 4). Die obigen Schlußworte dieser Stelle enthalten einen Satz aus der Theorie der unvollendeten Rechtsgeschäfte d. i. der Geschäfte, die noch gar keine rechtliche Wirkung haben, weil sie noch nicht fertig sind, sondern ihre Vollendung noch von dem Eintritt gewisser Thatsachen abhängig ist. Sie haben folgenden Sinn: jedes Geschäft mortis causa muß mit dem Tode des Erblassers fertig werden, also von da ab rechtliche Wirkung haben, seine Vollendung und folgeweise seine rechtliche Wirkung kann nicht länger in suspenso sein. Das gilt also auch für eine Substitution. Deshalb kann man dem Substituten die Befugniß, von dem zuvor berufenen Erben eine Erklärung über den Antritt zu fordern, nicht aus dem Grunde absprechen, weil er noch gar kein Recht an der Erbschaft habe, wie dies von Brinz, Pand. § 193 und von Bruns, Jahrb. d. gem. deutsch. R. Bd. 1 S. 120 geschieht. Ueber die röm. Theorie für die negotia imperfecta vgl. meine Abhandl.: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (1871) S. 6 ff. und insbesondere über den Satz der l. 18 cit. S. 16. 98; eine kurze Uebersicht dieser Theorie enthält meine Schrift: Der Fruchterwerb des b. f. possessor (1872) S. 17 Note 48.

[3] l. 6. i. f. D. de suis et leg. her. (38. 16).

[4] l. 1 pr. D. de R. D. (1. 8).

[5] l. 169 § 1 D. de R. I. (50. 17). Ueber dieses Pendenzverhältniß

causa wie inter vivos, und wirkt nicht wie der Mangel der testamenti factio. Sie beruht auf folgenden beiden Vorschriften Justinian's:

a) Wer bei seinem Tode rechtmäßige und pflichttheilsberechtigte Descendenten hat, kann seinen Concubinenkindern und deren Mutter zusammen nur 1/12, der Concubine allein nur 1/24 seines Vermögens hinterlassen oder schenken. Auf das plus sind sie incapax, es fällt den rechtmäßigen Kindern zu. Stehen ihnen rechtmäßige Kinder überhaupt nicht gegenüber, oder ist von denselben der Anspruch auf den Pflichttheil verwirkt, so haben auch die Concubinenkinder und die Concubine volle Capacität. [1]

Justinian beschränkte diese Vorschrift, wie nicht bezweifelt werden kann, auf die liberi naturales nur deßhalb, weil die Feststellung der Vaterschaft für spurii gesetzlich unzulässig war. Heute, wo der Beweis des Beischlafs in der gesetzlichen Conceptionszeit die Paternität zur juristischen Gewißheit bringt, muß sie, wenn dieser Beweis geführt ist, auf uneheliche Kinder überhaupt angewandt werden. [2]

Trauerjahres heirathet, von ihr durch letzten Willen nicht mehr als ein Drittheil ihres Vermögens erwerben kann, und das plus an die übrigen Testamentserben fällt, Nov. 22 c. 22 pr. § 1, c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9) ist außer Geltung gesetzt durch das canonische Recht, welches in der Wiederverheirathung während des Trauerjahres nichts Strafbares sieht, c. 4 X. de sec. nupt. (4. 21), eventuell per desuetudinem, Glück, Comment. Bd. 24 S. 197 ff., Geiger, Zeitschr. f. Civilr. Bd. 19 S. 228, Puchta, Pand. § 429, Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 137 Note 15, Windscheid, Pand. II. § 512 Note 2.

[1] Nov. 89 c. 12 § 2 ... sancimus, si quis legitimos liberos habeat, ut liberis illis (naturalibus) eorumque matri ultra unam unciam relinquere, vel naturalibus liberis vel concubinae donare non possit ... Sed et si quid amplius quocunque modo dare velit, hoc liberorum sit legitimorum. Si vero liberi non adsint, sed concubina solum, huic dimidiam unciam dari vel relinqui permittimus. § 3. Quod si nec liberos legitimos, nec aliquem ascendentium habent, quibus testatores legitimam partem substantiae suae relinquere necesse est, liceat etiam in duodecim uncias liberos naturales heredes scribere atque inter eos eo quo volunt modo res dividere et vel per simplicem vel ante nuptias donationem, vel per dotem vel alio quocunque legitimo modo substantias suas ad eos deferre. Ueber das frühere Recht vgl. c. 2. 8. C. de nat. lib. (5. 27).

[2] Puchta, Pand. § 471 Note d. Arndts, Pand. § 492 Note 5.

Berufung eine unbedingte. Es entſteht deshalb nun für ihn aus jenem Recht die Delation oder die Erbberechtigung, durch welche er die Erbſchaft unter der conditio iuris des Antritts acquirirt,[1] und der Antritt macht auch ihn rückwärts zum heres a morte defuncti.[2] Deficirt aber die conditio der lebenden Geburt oder des Antritts, ſo hat dieſe Deficienz eine doppelte Wirkung. Sie bewirkt einerſeits daß das Recht, welches bisher dem postumus reſervirt oder bei ſeiner Geburt von ihm acquirirt war, ſo aufgehoben wird, als ob es niemals exiſtirt hätte,[3] und ſie bewirkt andererſeits die Exiſtenz der conditio, von welcher die Accrescenz für ſeine Miterben oder die Delation der Erbſchaft an ſeine Nacherben abhängig iſt. Die Perſonen, für welche dieſe Accrescenz bzw. dieſe ſucceſſive Delation eintritt, beſtimmen ſich alſo nach dem Moment, wo die lebende Geburt des postumus durch eine Fehl- oder Todtgeburt ausgeſchloſſen iſt; ſie erhalten jetzt die Erbſchaft, ſo, als ob dieſelbe ihnen von vornherein hinterlaſſen wäre.[4]

---

quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ..... quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint: ... ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit. l. 30 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 1 § 8 D. unde cognati (38. 8).

[1] l. 3 § 9 D. de suis et leg. hered. (38. 16) ... ad hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus ... l. 26 de statu hom. (1. 5).

[2] l. 153 D. de V. S. (50. 16) Intelligendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est.

[3] l. 129 D. de V. S. (50. 16) Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt l. 10 § 1 D. ad SC. Tert. (38. 17), l. 30 § 4 D. de A. v. O. H. (29. 2), c. 2 C. de post. her. (6. 29), l. 231 D. de V. S. (50. 16). Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus.

[4] l. 7 pr. D. de reb. dub. (34. 5) Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur: ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto. l. 8 § 1 D. de suis et leg. her. (38. 16), c. 18 § 3 C. de iure delib. (6. 30) Sin vero vel non sit tutor vel, cum sit, ea facere neglexerit, tunc eodem infante in ea aetate defuncto omnes heredi-

In gleicher Weiſe geſtaltet ſich das Verhältniß bei jeder bedingten Berufung eines extraneus, die Bedingung mag eine conditio facti oder iuris ſein. Der Zeitpunkt, wo dieſe Bedingung deficirt, oder, wenn ſie ſich erfüllt, der Zeitpunkt, wo die Bedingung des Antritts deficirt, iſt maßgebend für die Perſonen, denen die Erbſchaft als Miterben accrescirt, oder als Nacherben ſucceſſive deferirt wird.[1] An dieſe Perſonen gelangt jetzt die Erbſchaft ſo, als ob ſie ſchon beim Tode des Erblaſſers allein oder an erſter Stelle berufen worden wären und der ausgefallene Erbe überhaupt nicht zu den Berufenen gehört hätte.[2] Gleichwohl gilt aber nicht der Satz: wenn ein zur Erbſchaft Berufener nicht Erbe wird, iſt Alles juriſtiſch ſo zu behandeln, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden geweſen wäre.[3] Denn über die Perſonen, welche

tates ad eum devolutas et non agnitas ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatae, et eo modo ad illas personas perveniant, quae vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata.

[1] l. 9 § 2 D. de lib. et post. (28. 2) ... haec verba „si intestato moritur“ ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur. § 7 I. de her. quae ab int. def. (3. 1) ... postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres aut quia non potuit: nepos avo suus heres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. l. 45 § 1 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6) ... si omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, eius portionem, qui quibusdam defunctis postea portionem suam repudiavit, ad eum solum, qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere. l. 9 D. de suis et leg. her. (38. 16), l. 44 § 2 i. f. D. de bon. lib. (38. 2).

[2] § 10 I. de B. P. (3. 9) Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit eiusdem gradus personis adorescit, vel si nemo sit deinceps, ceteris proinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui praecedebat ex eo numero non esset l. 1 § 10 D. de succ. ed. (38. 9) ... tunc ceteris b. p. perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit. Ulpian, XXVIII. 11 ... sequens gradus admittitur, perinde atque si superiores non essent. l. 5 § 2 D. si tab. test. null. (38. 6) ... integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset.

[3] Dieſer Satz wird aufgeſtellt von Fitting, Arch. f. civil. Pr. Bd. 57 S. 149. 153. Nach demſelben würde z. B. bei der Beerbung einer Perſon, die

an seine Stelle treten, entscheidet der Moment, wo er aufhört berufen zu sein.[1] Als überhaupt nicht berufen, wird nur die Person behandelt, deren vorausgesetzte Berufung in der That schon beim Tode des Erblassers ausgeschlossen war.[2]

Ein heres suus kann die Erbberechtigung, wie sie dem extraneus aus der Delation zusteht, nicht erwerben. Wenn er im Testament unter der Bedingung si volet instituirt wird, erhält er zwar auch ein Wahl- und Deliberationsrecht, ob er durch Deficienz der Bedingung den bedingten Erwerb aufheben und die Erbschaft ablehnen, oder ob er ihn durch Erfüllung der Bedingung zu einem unbedingten machen und die Erbschaft erwerben will.[3] Aber er erwirbt die Erbschaft mit dem beneficium abstinendi, so daß der Erwerb ihm nicht nachtheilig werden kann. Deshalb setzt hier die Erfüllung der Potestativbedingung nur einen willensfähigen suus voraus,[4] während der Antritt durch einen dispositionsfähigen extraneus erklärt werden muß.[5] Der Verlust des beneficium abstinendi verbindet sich mit der Erfüllung der Potestativbedingung

---

intestatus eine schwangere Frau, einen Bruder, drei Neffen von einem verstorbenen Bruder und eine Nichte von einer verstorbenen Schwester hinterlassen hat, falls der Bruder ohne Kinder gestorben und dann die Frau mit einem todten Kinde niedergekommen ist, von der Schwangerschaft ganz abzusehen und anzunehmen sein, daß die Erbschaft schon beim Tode des Erblassers seinem Bruder zu $^1/_3$, seinen drei Neffen jedem zu $^1/_9$ und seiner Nichte zu $^1/_3$ deferirt, und demgemäß das $^1/_3$ des Bruders durch Transmission an dessen Erben gelangt sei. Ist dagegen der Zeitpunkt der Todtgeburt für die Delation der Erbschaft entscheidend, so fällt sie den Geschwisterkindern nach Kopftheilen zu.

[1] Vgl. gegen Fitting für die richtige Ansicht Krieg, Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt (1876) S. 3 ff.

[2] l. 84 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur. l. 1 § 5 D. de b. p. c. t. (37. 5.)

[3] l. 12 D. de cond. inst. (28. 7) s. S. 77 Note 1.

[4] l. 5 D. de cond. et dem. (35. 1), l. 11. 12. 57 D. de A. v. O. H. (29. 2). Auch der unmündige extraneus, dem eine Erbschaft unter einer Potestativbedingung zugewandt ist, kann die conditio ohne auctoritas tutoris erfüllen, weil damit nur die Delation der Erbschaft für ihn eintritt, l. 26 D. de cond. inst. (28. 7), l. 13 D. eod.

[5] l. 8. 9 D. de A. v. O. H. (29. 2).

nur, wenn der suus dispoſitionsfähig iſt. Hier wo er auch den zur Deficienz der Bedingung erforderlichen Willen, die Erbſchaft nicht zu erwerben, faſſen kann,[1] ſteht er factiſch einem heres extraneus gleich. Deshalb gilt hier der Willensact, durch welchen er die conditio erfüllt, zugleich als eine pro herede gestio,[2] die das beneficium abstinendi aufhebt.[3]

2) Der Gegenſtand der Erbberechtigung, ohne welchen ſie nicht zur Exiſtenz kommen kann, iſt eine Erbſchaft,[4] und ihren Inhalt bildet, weil ſie dem Delaten nur das Wahlrecht zwiſchen Antritt und Repudiation der Erbſchaft giebt, eine bloße facultas acquirendi.[5] Nach dieſem Inhalt iſt ihr Erwerb trotz ihres Gegenſtandes kein Vermögenserwerb;[6] ſie zählt, weil ſie nur die Möglichkeit gewährt, einen Vermögenserwerb zu machen, zu den res quae extra nostrum patrimonium habentur, ſie gehört nicht zu den bona des Delaten. Als ein Recht, welches kein Vermögensrecht iſt, ſteht ſie unter folgenden beiden Grundſätzen:

a) Rechte, welche dritte Perſonen am Vermögen des Delaten haben, ergreifen ſeine Erbberechtigung nicht. Sie iſt alſo nament-

---

[1] pr. I. de auct. tut. (1. 21), l. 189 D. de R. I. (50. 17).

[2] l. 87 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 57 D. eod.

[3] l. 86 pr. D. de hered. inst. (28. 5). Nach dieſer Stelle enthält beim dispoſitionsfähigen suus die Erfüllung der Poteſtativbedingung ſtets zugleich die zur Immixtion erforderliche pro herede gestio. Beim dispoſitionsfähigen extraneus dagegen, der nicht durch die Einſetzung unter einer Poteſtativbedingung, ſondern erſt durch ihre Erfüllung in die Lage eines freiwilligen Erben kommt, ſchließt dieſe demgemäß auch den zum Antritt erforderlichen Willen nur dann in ſich, wenn er denſelben mit ihr zugleich zu erklären beabſichtigte. So nach l. 62 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), in der mit den Worten Quia iurando ein neuer Satz beginnt: ſie dürfen nicht zu dem erſten Satz gezogen werden, wie es in unſeren Ausgaben des Corpus iuris geſchieht.

[4] l. 1 pr. D. de libert. univ. (38. 3) ... ius in bonis defertur. l. 42 § 1 D. de bon. lib. (38. 2), l. 2 D. de castr. pec. (49. 17), l. 27 D. de A. v. O. H. (29. 2) Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cuius in bonis gerendum sit, Labeo ait. l. 1 D. de H. v. A. V. (18 4).

[5] c. 8 C. comm. de succ. (6. 59). Antequam scriptus ... repudiet hereditatem vel alia natione quaerendae facultatem amittat ...

[6] l. 63 D. ad leg. Falc. (35. 2) ... me heredem institutum non esse locupletiorem antequam adeam ...

lich kein Befriedigungsobject für seine Gläubiger.[1] Diese können ihn im Fall der Insolvenz weder zum Antritt zwingen,[2] noch seine Repudiation als eine alienatio in fraudem creditorum anfechten.[3] Die Repudiation, obwohl sie den Untergang der Erbberechtigung herbeiführt, bewirkt demungeachtet keine Minderung im Vermögen des Delaten, ohne welche er sich keiner Rechtsverletzung gegen seine Gläubiger, insbesondere auch keines Dolus, wie ihn die actio Pauliana voraussetzt, schuldig machen kann:[4] der Dolus setzt neben der betrügerischen Absicht auch einen betrügerischen Erfolg voraus.[5] Eine alienatio in fraudem creditorum ist daher erst möglich, wenn der Erbe durch den Antritt einen Vermögenserwerb gemacht hat.[6]

b) Rechtsvorschriften, die ausschließlich dem Vermögensrecht angehören, können auf die Erbberechtigung keine Anwendung finden,[7]

---

[1] Es giebt ferner z. B. die allgemeine Gütergemeinschaft dem Ehemann keinen Anspruch auf die seiner Ehefrau deferirte Erbschaft, und ebensowenig die constitutio dotis, welche das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Frau begreift, Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 309, Bd. 21 Nr. 130.

[2] l. 67 § 1 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[3] l. 28 pr. D. de V. S. (50. 16) ... Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit.

[4] l. 6 § 2 D. quae in fraud. credit. (42. 8), l. 134 pr. D. de R. I. (50. 17).

[5] l. 10 § 1 D. quae in fraud. cred. (42. 8) ... si eventum fraus habuit. l. 79 D. de R. I. (50. 17).

[6] c. 1 C. de rev. his quae in fraud. cred. alien. (7. 75). Vgl. Geiger und Glück, Merkwürdige Rechtsfälle Bd. 3 Nr. XLIII., Seuffert Arch. Bd. 33 Nr. 88, Bd. 39 Nr. 281. Manche Juristen wollen fälschlich dem Concursverwalter das Recht beilegen, die dem Gemeinschuldner deferirte Erbschaft anzutreten, während doch die Gläubiger nur die bona debitoris für ihre Befriedigung in Anspruch nehmen können, Holzschuher, Theor. u. Casuist. des gem. Civilr. Bd. 2. 1 S. 735. Nur nach einzelnen Particularrechten steht dem Concurscurator diese Befugniß zu, Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 2, Bd. 35 Nr. 90. Die Reichsconcursordnung hat die Frage nicht entschieden, weil dieselbe wegen der Verschiedenheit der geltenden Erbschaftssysteme einer einheitlichen Regelung für das Gebiet der Concursordnung nicht fähig sei, vgl. Motive zu § 1.

[7] Z. B. das Verbot der donatio inter virum et uxorem findet keine Anwendung auf den Fall, wo ein Ehegatte seine Erbberechtigung zu Gunsten

sondern nur die, welche eine über das Vermögen hinausreichende Geltung haben.[1]

3) Die Ausübung der Erbberechtigung geschieht durch die Wahl zwischen Antritt und Repudiation der Erbschaft (§ 6 ff.)

4) Der Verlust der Erbberechtigung kann ein relativer und ein absoluter sein. Der relative Verlust, bei dem die Erbberechtigung nicht überhaupt, sondern nur für den Delaten endigt, ist in doppelter Weise möglich: durch Veräußerung und durch Exception wegen Indignität. Die hereditas legitima ist ein veräußerliches Recht, wenigstens im vorjustinianischen Recht, (§ 17), und die gesetzliche wie die testamentarische Erbberechtigung können dem Delaten aus bestimmten Gründen der Unwürdigkeit von andern Personen entrissen werden (§ 18 ff.). Den absoluten Verlust, durch den die Erbberechtigung untergeht, bewirken: ihre Ausübung weil jedes Wahlrecht durch einmalige Ausübung erlischt, die Erbunfähigkeit des Delaten, und, da sie ein Ausfluß des Familienbandes ist, der Tod des Delaten, sofern nicht iure, singulari ein s. g. Transmissionsfall vorliegt (§ 20 ff.).

---

des andern durch Repudiation aufgiebt, weil die Schenkung eine Vermögensverminderung für den Geber und eine Vermögensvermehrung für den Empfänger voraussetzt, l. 5 § 13 D. de don. i. v. e. u. (24. 1), l. 31 § 7 D. eod. l. 3 D. pro don. (41. 6). Oder z. B. die Vorschriften über die dos profecticia finden keine Anwendung, wenn der Vater dotis constituendae causa eine Erbschaft repudiirt, l. 5 § 5 D. de iure dot. (23. 3).

[1] Zu diesen Vorschriften zählt die, nach welcher ein impubes seine Rechte nicht ohne Zustimmung seines Vormunds veräußern kann. Sie entzieht ihm die Verfügung über alle, nicht blos über seine Vermögensrechte, pr. § 1 I. de auct. tut. (1. 21). Deshalb kann er die ihm deferirte Erbschaft nur auctore tutore repudiiren, l. 11 D. de auct. et cons. tut. (26. 8), c. 5 C. de rep. v. abst. her, (6. 31); und der Vormund bedarf nach den im Anschluß an die oratio Severi getroffenen Bestimmungen überall eines Alienationsdecrets der Obervormundschaft, wo er Rechte des Pupillen aufgeben will, nicht blos bei Vermögensveräußerungen, l. 5 § 8 D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9), l. 5 pr. D. de V. S. (50. 16), c. 6 C. de praed. et al. reb. min. (5. 71). Doctrin und Praxis halten bisweilen im Widerspruch mit diesen Stellen das Alienationsdecret hier für nicht erforderlich, Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 2 S. 401. 410, Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 100 und dagegen Bd. 18 Nr. 148.

II. Delationsgründe.*

§ 5.

Die Berufung der gesetzlichen Erben ist abhängig von der conditio iuris: si intestato moritur.[1] Für das Verhältniß der beiden römischen Delationsgründe gilt deshalb folgender Satz: so lange der Antritt der Erbschaft aus einem Testamente möglich ist, ist die Delation an die Intestaterben unmöglich.[2] Dieser Satz kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Erblasser aus seinem Testament nur für einen Theil der Erbschaft Erben hat. Auf ein solches Testament bezieht sich die von der römischen Jurisprudenz aufgestellte regula iuris:[3] ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus.[4]

Die Begründung der Regel, welche hier in dem Schlußsatz hinzugefügt ist, beruht auf dem Begriff der Universalsuccession, welche die juristische Form der Erbfolge bildet. Die Berufung jedes Testamentserben zur Succession in die Erbschaft als universitas hat die nothwendige Folge, daß er auf eine Erbschaftsquote nur beschränkt bleiben kann, wenn er Miterben hat, welche die andern Quoten erhalten; sind diese nicht vorhanden oder zum Theil weggefallen, so muß der vacante Theil der Erbschaft ihm oder ihm und den noch vorhandenen Erben zuwachsen.[5] Danach leiten

---

* Glück a. a. O. Bd. 6 S. 552 ff., Bd. 38 S. 338 ff., Bd. 40 S. 164. Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 159 § 172 sub II Anm. 9. Brinz, Pand. § 175 § 181 sub 1 d. Schirmer, Erbr. § 5.

[1] Ulpian XXVI. 1. pr. I. de her. qu. ab int. (3. 1), l. 9 § 2 i. f. D. de lib. et post. hered. (28. 2), § 6 I. de leg. agn. succ. (3. 2).

[2] l. 39 D. de A. v. O. H. (29. 2) Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. l. 89 D. de R. I. (50. 17), c. 8 C. comm. de success. (6. 59).

[3] l. 1 D. de R. I. (50. 17).

[4] l. 7 D. de R. I. (50. 17), § 5 I. de hered. inst. (2. 14) Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur .. Cicero, de invent. II. 21. Unius pecuniae dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.

[5] Vgl. Einleit. S. 15 u. § 29.

ſich aus der juriſtiſchen Form der Erbfolge zwei Rechtsregeln ab: einerſeits die Regel, nach welcher die directe Erbfolge nicht ſucceſſive durch mehrere pro parte errichtete Teſtamente angeordnet werden kann [1] — das ſpätere Teſtament hebt auch hier das frühere auf [2] —, und andererſeits die Regel nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest [3] — der vacante Theil der Erbſchaft accrescirt den Teſtamentserben, er wird nicht den Inteſtaterben deferirt. Nach dem Begriff der Univerſalſucceſſion muß die teſtamentariſche wie die geſetzliche Erbfolge nothwendig eine Erbfolge in den ganzen Nachlaß ſein. Es iſt nach dieſem Begriff ein Widerſpruch, daß der Erblaſſer für einen Theil der Erbſchaft von den eingeſetzten Erben und für den vacanten Theil von ſeinen geſetzlichen Erben beerbt wird.

Der praktiſche Grund dieſer beiden Regeln iſt die Ausſchließung des Concurſes über eine Erbſchaftsquote. Wäre es möglich, daß die Erbſchaft aus einem Teſtament zu einer Quote angetreten und aus einem andern Teſtament zu einer Quote repudiirt würde, oder daß bei einem einzigen testamentum pro parte die inſtituirten Erben ihre Erbtheile erwürben, und die Inteſtaterben den vacanten Erbtheil ausſchlügen, ſo könnte es zu einem Concurſe über eine Erbſchaftsquote kommen. Bei der Schwierigkeit, eine Quote der erbſchaftlichen Activa zu ihrem vollen Werthe

---

[1] In der herkömmlichen Faſſung lautet die Regel: nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest. Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 38 S. 80 ff. und S. 339 ff. verneint dieſe Regel, weil er die directe und indirecte Erbfolge nicht unterſcheidet; daß der Erblaſſer aus einem Teſtament von einem indirecten und aus einem ſpäteren von einem directen Erben beerbt wird, widerſtreitet der Regel nicht, § 3 I. quib. mod. test. inf. (2. 17).

[2] § 2 I. eod. l. 1 § 1 D. de b. p. s. t. (37. 11). Eine Ausnahme von der Regel trat für den Soldaten ein: l. 19 pr. D. de testam. milit. (29. 1) ... militi licet plura testamenta facere ..., nec superius per inferius rumpetur, cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato, ex parte intestato decedere. Nach ius commune kann der Erblaſſer aus mehreren Teſtamenten nur beerbt werden, wenn ſie wegen gleichzeitiger Errichtung als Ein Teſtament zu betrachten ſind, l. 1 § 6 D. de b. p. s. t. (37. 11).

[3] S. 87 Note 4.

zu veräußern, fordert das Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger, daß die Erbſchaft nur ganz Gegenſtand der Erbfolge ſtets oder ganz Gegenſtand des Concurſes werden kann.[1]

---

[1] Einleit. S. 13 ff. Die Schwierigkeit, Vermögensquoten oder Quoten einzelner Rechte zu ihrem vollen Werth zu veräußern, muß nothwendig überall im Concurſe ihre Veräußerung ausſchließen. Ein Urtheil des O.-A.-G. zu Roſtock aus dem Jahre 1874 enthält nach Seuffert's Arch. Bd. 29 Nr. 289 a. E. folgende Ausführung:

„Für den Fall des Concurſes eines Miteigenthümers können deſſen Creditoren begehren, aus dem vollen Erlöſe der zu deſſen Vermögen gehörenden Beſtandtheile befriedigt zu werden ... Der volle Werth wird aber, wenn die Vertheilung des Erlöſes in Frage ſteht, nur durch den öffentlichen meiſtbietenden Verkauf ermittelt, und die Creditoren haben ein Recht auf denſelben. Es liegt auf der Hand, daß ein ſolcher Verkauf nicht in einer Weiſe effectuirt werden darf, welche die Käufer in eine Rechtsgemeinſchaft mit den nicht in Concurs gerathenen Miteigenthümern bezüglich jeder einzelnen, auch der geringfügigſten Sache bringt, die Lage der letzteren alſo, abgeſehen von dem Wechſel in der Perſon des Theilhabers, unberührt läßt, es würden dadurch weſentliche Intereſſen und Rechte der Creditoren verletzt werden; die Auflöſung der Gemeinſchaft kann vielmehr ... nur auf dem alle Weiterungen abſchneidenden Wege dadurch erfolgen, daß die Sachen ſelbſt zum Aufgebote kommen und nur der Erlös getheilt wird ... Halten die Miteigenthümer das Gebot für zu niedrig, ſo iſt es ihnen unbenommen, überzubieten und dadurch ihr Intereſſe zu wahren ....“ Bei dieſem Modus, der auch den Beſtimmungen der Reichsconcursordnung § 14. 44 entſpricht, erleidet das Vermögen des Gemeinſchuldners eine Minderung zum Nachtheil der Gläubiger nicht blos durch die Koſten des Concurſes, ſondern auch durch die Koſten der Theilung, die der Concurs nöthig macht. Durch den Concurs über eine vacante Erbſchaftsquote würde dieſe in derſelben doppelten Weiſe gemindert werden, und die Erbſchaftsgläubiger würden überdies keinen Schuldner haben, der ihnen für den Reſt ihrer Forderung mit ſeinem neu erworbenen Vermögen haftet. Bei Lebzeiten des Schuldners erſtreckt ſich der Concurs über ſein ganzes Vermögen, gemindert wird daſſelbe nur durch die Concurskoſten, und der Schuldner bleibt den Gläubigern, ſoweit ſie im Concurſe nicht befriedigt werden, haften, vgl. l. 5 i. f. D. de separ. (42. 6). Der Tod des Schuldners darf die Gläubiger nicht gefährden. Deshalb darf nach ſeinem Tode auch nur ſeine ganze Erbſchaft Gegenſtand des Concurſes werden, und falls es zur Erbfolge kommt, dürfen die Gläubiger, falls ſie eine Ueberſchuldung des Erben fürchten, die ganze Erbſchaft zu ihrer ausſchließlichen Befriedigung durch das ſ. g. beneficium separationis beanſpruchen; fürchten aber die Erben eine Ueberſchuldung der Erbſchaft, ſo müſſen ſie, um ſich gegen dieſe

Dieser praktische Grund ergiebt sich aus den Voraussetzungen, unter welchen allein die Regel nemo pro parte etc. Anwendung findet, aus den rechtlichen Wirkungen, welche sich nach ihr mit einem testamentum pro parte verbinden, und aus den singulären Vorschriften, nach welchen das Soldatentestament eine Ausnahme von der Regel macht.[1]

---

durch das s. g. beneficium inventarii zu schützen, zugleich den Gläubigern die ganze Erbschaft zu ihrer ausschließlichen Befriedigung sichern, oder denselben, wenn sie von diesem beneficium keinen Gebrauch machen, eventuell mit ihrem eigenen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen haften. Auch nach der Reichsconcursordnung § 202 ff. soll das Concursverfahren in der Regel den ganzen Nachlaß zum Gegenstand haben, ein Erbtheil soll dies nur sein können, wenn er im Verhältniß zu den Antheilen der andern Miterben und zu dem eigenen Vermögen des Erben ein rechtlich getrenntes, selbständiges Vermögen bildet; vgl. die Motive S. 452. Ein anderer Fall, wo der Concurs über eine Vermögensquote im Interesse dritter Personen ebenfalls durch Accrescenz ausgeschlossen wird, gehört dem Handelsrecht an. Nach dem deutschen Handelsgesetzbuch Art. 119 und 131 kann, wenn von mehreren Handelsgesellschaftern einer in Concurs geräth, die Masse seinen Antheil nur in einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme erhalten; der Antheil selbst accrescirt also den übrigen Gesellschaftern, Seuffert, Arch. Bd. 20 Nr. 243.

[1] Ueber die bisherigen zahlreichen Erklärungsversuche der Regel ist zu vergleichen Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 145, Schirmer a. a. O. S. 54 Note 19 und jetzt namentlich Amiet, der praktische Grund und die juristische Begründung der Regel nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. (Straßburger Inaugural-Dissertation 1883). Die meisten dieser Versuche sind rein formaler oder theoretischer Natur. Manche betrachten z. B. als den Grund der Regel eine wörtliche Auslegung der XII Tafeln, in welchen die Intestaterben unter der Bedingung berufen werden: si intestato moritur, Thibaut, Civil. Abhandl. Nr. 5 S. 73 ff., andere leiten sie aus der Einheit oder aus der persönlichen Natur der Erbschaft ab, Puchta, Vorl. § 446, Huschke, Rhein. Mus. Bd. 6 S. 271 ff., Zachariä, über die wissenschaftl. Behandl. des röm. Privatr. S. 13 S. 28 ff., wieder andere aus der Begünstigung der testamentarischen Erbfolge. Rudorff, Römische Rechtsgesch. I. S. 52 und zu Puchta's Vorl. § 448 Note 4, oder aus der vermuthlichen Absicht des Erblassers über den ganzen Nachlaß zu testiren, Walter, Gesch. des röm. Rechts S. 264, oder aus dem Interesse der Pontifices an der Perpetuirung der sacra privata des Testators, Haubold, opusc. I p. 339 sqq. oder aus dem Kampfe eines strengen und eines freien Princips, der Intestaterbfolge als des auf der Familiennothwendigkeit gegründeten Princips mit der testamentarischen Erb-

1) Die Regel hat zwei Voraussetzungen:

a) Der Erblasser muß ein Testament hinterlassen, aus welchem für einen Theil der Erbschaft keine Erben existiren, sei es daß dieser Theil von vornherein überhaupt nicht vergeben ist,[1] oder daß die Erben, denen er hinterlassen wurde, ausgefallen sind.[2] Ist nach dem hinterlassenen Testament kein Theil der Erbschaft vacant, so kann der Erblasser aus mehr als einem Grunde pro parte von testamentarischen und pro parte von gesetzlichen Erben beerbt werden. So namentlich wenn ein ausgeschlossener Notherbe, der wegen Inofficiosität des Testaments zur Intestaterbfolge berufen wird, nur eine Erbschaftsquote beanspruchen kann, weil der instituirte Erbe ein gleiches gesetzliches Erbrecht hat als er;[3] oder wenn der Notherbe mit der Querel nur gegen einen der instituirten Erben durchdringt, gegen den andern nicht.[4] Das-

---

folge, dem Princip der Willkür, Gans, das Erbr. in weltgesch. Entwickl. II S. 451 ff., oder aus der subjectiven Willensunsterblichkeit, dem Grundgedanken alles römischen Erbrechts, dem zufolge Intestaterbrecht erst ganz subsidiarisch verliehen werde, wenn die Erbfolge auf keine Weise mehr aus einem Testament gegeben werden könne, Lassalle, System d. erworb. Rechte II. S. 242 ff., S. 263 ff., S. 390 ff., S. 483 ff. Praktische Erwägungen werden nur geltend gemacht von Ruborff a. a. O., v. Ihering, Geist des röm. R. Bd. 3 S. 140 ff. Hölder, Beiträge zur Gesch. des röm. Erbr. S. 162 und Amiet a. a. O., dessen Ansicht im Text adoptirt ist. Weitere Literatur bei v. Bangerow, Pand. § 397, Schirmer, Erbrecht § 5 Note 49, Windscheid, Pand. § 537 Note 2, und Amiet a. a. O. S. 79 ff.

[1] Wie es durch einen Rechnungsfehler geschehen kann, wenn die Erbschaft unter zahlreiche Erben zu verschiedenen Quoten getheilt ist.

[2] Durch Repudiation, durch Tod oder Verlust der Erbfähigkeit vor dem Antritt, oder durch Deficienz der Bedingung, unter welcher die Erbeinsetzung gemacht ist.

[3] l. 19 D. de inoff. test. (5. 2) ... filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset — secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur.

[4] l. 15 § 2 D. eod. Filius qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicium tulit et unum vicit, ab altero, superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest ..., quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testa-

selbe Resultat kann in Folge eines Erkenntnisses überall eintreten, wo ein Testament von den Intestaterben gegen mehrere Testamentserben angefochten wird. [1]

b) Der Testator muß die Testirfähigkeit über sein gesammtes Vermögen haben. Wer juristisch zwei Vermögen hat, das eine mit, das andere ohne Testirfähigkeit, kann mit jenem testatus, mit diesem intestatus versterben. Der Fall liegt vor bei einem Haussohn, der bona castrensia oder quasi castrensia und zugleich bona adventicia besitzt. [2] Jene bestehen aus seinen castrensischen, diese aus seinen übrigen Rechten und Schulden. Beide bilden deshalb als zwei selbständige universitates bei seinem Tode zwei Erbschaften, [3] von denen er die castrensische Testamentserben, die andere seinen Intestaterben hinterlassen kann. Die Regel nemo pro parte etc. kommt hier nur zur Anwendung, wenn das Testament über die bona castrensia ein testamentum pro parte ist, oder wenn nach der Errichtung dieses Testaments sich die bona castrensia und adventicia zu Einem Vermögen vereinigt haben, weil der Testator aufhörte, ein Haussohn zu sein: [4] denn in diesen beiden Fällen könnte es sonst zu einem Concurse über eine Erbschaftsquote zum Nachtheil der Gläubiger kommen.

2) Die rechtliche Wirkung, welche die Regel an das testamentum pro parte knüpft, ist die Accrescenz: die Delation oder Acquisition der Testamentserben erstreckt sich auch auf die vacanten Erbtheile pro portionibus hereditariis. [5] Diese Accrescenz tritt ipso iure d. i. ohne ihr Wissen und Wollen, [6] und necessario d. i. mit Rechtsnothwendigkeit ein, so daß sie weder

---

mento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri. l. 25 § 1 D. eod. c. 13 C. h. t. (3. 28), l. 1 § 2 D. si pars hered. pet. (5. 4).

[1] Vgl. den von Seuffert im Arch. f. civil. Pr. Bd. 3 S. 211 mitgetheilten Rechtsfall.

[2] pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12).

[3] l. 17 § 1 D. de test. milit. (29. 1).

[4] l. 19 § 2 D. eod.

[5] Vgl. § 7 I. de hered. inst. (2. 14), l. 13 § 2. 3, l. 59 § 3 D. h. t. (28. 5).

[6] c. un. § 10 C. de cad. toll. (6. 51).

vom Testator durch seinen letzten Willen ausgeschlossen werden kann,[1] noch von den Testamentserben durch die Repudiation des anwachsenden Erbtheils.[2] Daraus ergibt sich, daß es unter den bei der Erbfolge interessirten Personen die Erbschaftsgläubiger sind, zu deren Gunsten die Accrescenz vorgeschrieben ist.

3) Auch die Ausnahme, welche die Regel beim Soldatentestament erleidet,[3] ist so geordnet, daß sie das praktische Princip der Regel nicht berührt. Der Soldat kann im Felde[4] sein Testament errichten, wie er will:[5] sine observatione legum.[6] Er kann mehrere pro parte errichtete Testamente hinterlassen,[7] und er kann mit einem testamentum pro parte so versterben, daß der vacante Theil der Erbschaft seinen Intestaterben deferirt wird,[8] aber auch bei ihm darf es nicht zu einem Concurse über eine Erbschaftsquote kommen. Die Erben, welche einen Theil der Erbschaft erworben haben, müssen entweder den vacanten Theil ebenfalls erwerben, oder auch den erworbenen Theil wieder aufgeben, so daß nur die ganze Erbschaft Gegenstand des Concurses

---

[1] Die Verfügung, durch welche der Testator ausdrücklich die Erben auf die ihnen zugewiesenen Quoten beschränkt, ist als contra legem wirkungslos. Sie macht aber das Testament nicht nichtig, wie manche Juristen behaupten, z. B. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 165 und Sintenis a. a. O. Bd. 3 § 172. Nach Analogie des heres ex certa re, dessen Beschränkung auf die certa res wegfällt, sobald nicht ersichtlich, zu wessen Gunsten sie angeordnet ist (l. 41 § 8 D. de V. S. 28. 6, l. 1 § 4, l. 9 § 13 D. de hered. inst. 28. 5, l. 29 D. ad SC. Treb. 36. 1, § 3 I. quib. mod. test. inf. 2. 17) muß auch die Beschränkung der Erben auf die zugewiesene Quote cessiren, wenn sich nicht zugleich die Personen ergeben, denen der Testator den vacanten Erbtheil als stillschweigendes Universalfideicommiß hinterlassen wollte, v. Vangerow, Pand. § 397, § 449 Anm. 2. Windscheid, Pand. § 537 Note 6.

[2] c. un. § 10 C. de cad. toll. (6. 51), l. 35 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 9 D. de suis et leg. (38. 16).

[3] S. 87 Note 4.

[4] pr. § 3 I. de milit. test. (2. 11); vgl. l. 13 pr. § 1 D. de test. milit. (29. 1).

[5] l. 1 D. eod., c. 1 C. h. t. (6. 21).

[6] l. 19 § 2 i. f. D. de castr. pecul. (49. 17).

[7] l. 19 pr. D. de test. milit. (29. 1), s. S. 88 Note 2.

[8] § 5 I. de hered. inst. (2. 14).

werden kann.[1] Heute gilt diese Ausnahme nicht mehr; durch das Reichs-Militärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44[2] ist auch das Soldatentestament unter die Regel gestellt.[3]

III. Ausübung der Erbberechtigung.

1. Act der Ausübung. Antritt und Repudiation.*

§ 6.

Die Ausübung der Erbberechtigung als der alternativen Befugniß des Delaten, nach seiner Wahl die Erbschaft zu erwerben oder nicht zu erwerben,[4] kann in doppelter Weise geschehen: durch den Antritt oder durch die Repudiation der Erbschaft.[5] Sie erfolgt also durch eine bloße Willenserklärung.[6]

---

[1] arg. l. 17 § I D. de test. milit. (29. 1) ... compellendum esse aut defendere totam hereditatem aut totam creditoribus solvere. Vgl. Einleitung Seite 17 a. E. ff. über die analogen Vorschriften für den Fall, wo eine bereits erworbene Erbportion wieder vacant wird durch Abstinenz oder i. i. r.

[2] Vgl. § 3 S. 65 Note 3.

[3] Die herrschende Lehre bringt aber heute die Grundsätze über das testamentum militare auf den Erbvertrag zur Anwendung, Brinz a. a. O. S. 801. Sie nimmt an, daß für ihn die Regel nemo pro parte testatus etc. keine Geltung habe, weil ihm als einem Geschäft, welches der Erblasser mit und zu Gunsten einer bestimmten Person abschließe, nicht, wie dem Testament, die Bestimmung beigelegt werden könne, für den ganzen Nachlaß die Erbfolge anzuordnen, Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Bd. 2 S. 227, v. Gerber, deutsches Privatr. § 258 a. E. A. M. mit Recht Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 62 ff.

* D. 29. 2 de A. v. O. H. C. 6. 31 de repud. v. abst. heredit. C. 6. 19 de repud. bonor. poss. Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 42 S. 396 ff., S. 467 ff., Bd. 43 S. 103 ff., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183, § 201 sub 3., Brinz, Pand. § 194, § 199., mein System § 7 und meine Abhandl.: Zur Lehre vom Erwerb d. Erbsch. u. d. Verm. in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 135 ff., S. 170 ff.

[4] § 5 I. de hered. qual. (2. 19). Vgl. § 4 S. 76 ff.

[5] l. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2). Gaius II. 169. Gleichbedeutend mit repudiare hereditatem wird in den Quellen neben recusare und praetermittere auch omittere hereditatem gebraucht; doch bezeichnet dieser Ausdruck auch die Nichtausübung der Erbberechtigung innerhalb der gesetzten Frist, insbesondere im alten Recht die Unterlassung des Antritts während der Cretionsfrist, vgl. Brisson. s. v. omittere.

[6] § 7 I. de hered. qual. (2. 19).

Diese Erklärung ist eine einseitige und an keine Form gebunden. Sie kann ausdrücklich in beliebiger Weise, mündlich wie schriftlich, oder auch stillschweigend durch concludente Handlungen erfolgen,[1] und sie braucht nicht an die betheiligten Personen, Erbschaftsgläubiger u. s. w., gemacht und nicht von diesen angenommen zu werden; wird sie in Frage gestellt, so genügt der Nachweis, daß sie irgendwie abgegeben ist.[2] Der ausdrückliche Antritt heißt hereditatis aditio im e. S., der stillschweigende pro herede gestio, während es für die stillschweigende Repudiation keinen besonderen Namen gibt.

Zur hereditatis aditio genügt jede Erklärung des Delaten, die unzweideutig seinen bestimmten Willen, die Erbschaft zu erwerben, enthält. Die pro herede gestio fordert eine Handlung, aus welcher ihrer Natur nach der Wille des Delaten, Erbe zu sein, gefolgert werden muß.[3] Ob eine solche concludente Handlung vorliegt, ist eine Interpretationsfrage für jeden einzelnen Fall.[4] Unbedingt beweisen die pro herede gestio lediglich solche Handlungen, die der Delat überhaupt nur als Erbe, nicht citra nomen et ius heredis vornehmen kann; hier darf eine Protestation als protestatio facto contraria keine Berücksichtigung finden.[5] Bei Handlungen, aus welchen zwar an und für sich seine Absicht, Erbe

---

[1] § 7 cit. L. l. 95 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 6 pr. D. ad SC. Treb. (36. 1). Vgl. Strippelmann, Entscheid. des O.-A.-G. zu Cassel Bd. 5 S. 356, Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 268.

[2] Strippelmann a. a. O. S. 356. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 75. Die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer haben aber das Recht, von dem Delaten innerhalb einer angemessenen Frist eine Entscheidung über die Ausübung seiner Erberechtigung zu fordern, s. unten § 16.

[3] § 7 I. de hered. qual. (2. 19), l. 20 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2).

[4] l. 20 pr. D. eod. Et generaliter Julianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit; pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres.

[5] l. 20 § 4 D. eod. Solche Handlungen sind z. B. Anstellung der Erbschaftsklage, Erlaß oder Abtretung von Erbschaftsforderungen ꝛc. Strippelmann a. a. O. S. 382. Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 76, Bd. 11 Nr. 142.

zu sein, geschlossen werden muß, denen aber auch eine andere Intention zu Grunde liegen kann, wird die pro herede gestio blos präsumirt; läßt sich in Folge einer Protestation oder sonst ein anderer Wille des Delaten nachweisen, so erhält die Handlung ihren rechtlichen Charakter durch diesen Willen.[1] Aus Handlungen, die dem Erben rechtlich nicht zustehen,[2] und aus Handlungen, zu denen der Delat berechtigt oder verpflichtet ist, er mag die Erbschaft erwerben oder nicht, kann seine Absicht anzutreten nicht gefolgert werden; bei ihnen wird deshalb auch eine pro herede gestio nicht vermuthet.[3] Sind aber diese Handlungen erweislich mit dem Willen des Antritts vorgenommen worden, so ist für ihre Beurtheilung nicht ihre eigene Beschaffenheit, sondern dieser Wille maßgebend; durch ihn werden sie eine pro herede gestio.[4]

Dieselben Grundsätze gelten für die Erklärung der Repudiation. Sie geschieht gleichfalls durch jede Willensäußerung und durch jede Handlung des Delaten, welche seine Absicht, die Erbschaft nicht haben zu wollen, unzweifelhaft an den Tag legt.[5]

Als die beiden Acte, durch welche die Erbberechtigung ausgeübt wird, setzen der Antritt und die Repudiation voraus, daß diese Berechtigung durch die Delation zur Existenz gekommen ist.[6] Werden sie erklärt, bevor dies geschehen, so wird dadurch der Aus-

---

[1] Z. B. das Ansichnehmen und Behalten von Erbschaftssachen, l. 20 pr. § 1, l. 21 pr. l. 78 D. eod. Strippelmann a. a. O. S. 367. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 76, Bd. 9 Nr. 312, Bd. 14 Nr. 146, Bd. 34 Nr. 225.

[2] Z. B. Aneignung von Sachen, die nicht zur Erbschaft gehören.

[3] Z. B. bei der Ausübung der iura sepulcrorum durch die Descendenten des Erblassers, § 1 S. 34, und bei der Erfüllung der Beerdigungspflicht, weil dies eine Liebespflicht ist, die der Delat als solcher hat, l. 20 § 5 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 4 pr. D. de relig. (11. 7). l. 14 § 8 D. eod. l. 12 § 4 D. eod. Vgl. Heuser, Annalen Bd. 1 S. 454.

[4] l. 20 § 1 l. 21 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 88 D. eod. Ueber die letzte Stelle vgl. § 2 S. 53 Note 2 und über den Beweis der pro herede gestio Strippelmann a. a. O. S. 379, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 76.

[5] l. 37 pr. D. ad. SC. Treb. (36. 1). l. 17 § 1, l. 60, l. 70 § 1, l. 77 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[6] l. 21. § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 18 D. eod. Vgl. l. 16 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5).

übung der ſpäter erworbenen Erbberechtigung in keiner Weiſe präjudicirt: wer früher antrat, kann jetzt repudiiren, wer repudiirte, jetzt antreten, und wenn vor ſeinem Tode keins von beiden geſchieht, ſo ſtirbt er als Delat.[1] Nur wer nach der Delation angetreten hat, kann nicht mehr repudiiren, und wer repudiirt hat, nicht mehr antreten.[2] Es wird zwar nicht die Erbberechtigung repudiirt, ſondern die Erbſchaft, weil ſich nur das repudiiren läßt, was man erwerben kann, wenn man will,[3] nicht was man ſchon erworben hat,[4] aber als ein Wahlrecht zwiſchen Antritt und Repudiation geht die Erbberechtigung durch einmalige Ausübung unter, weil die Wahl ihrem Begriff nach die bisherige Alternative des Wahlberechtigten aufhebt.[5]

Bei der Erklärung des Antritts oder der Repudiation vor der Delation iſt es aber nicht ohne rechtliche Bedeutung, ob der eventuelle Erbe dieſe Erklärung ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers macht, oder erſt nach dem Tode desſelben. Im erſten Fall iſt die Erklärung nichtig,[6] im zweiten iſt ſie ein negotium imperfectum d. h. ſie hat juriſtiſche Exiſtenz, bleibt aber wirkungslos bis die Delation an den eventuellen Erben eingetreten iſt.[7] Als ein un-

[1] l. 94 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 13 pr. § 2 D. eod. l. 21, l. 39 l. 69 D. eod. l. 3 D. eod.

[2] c. 4 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31). c. 3 C. eod. § 5 I. de hered. qual. (2. 19).

[3] l. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2). Is potest repudiare, qui et acquirere potest. l. 174 § 1 D. de R. I. (50. 17). Quod quis si velit habere non potest, id repudiare non potest. l. 3 D. eod. Eius est nolle, qui potest velle. l. 4 D. de A. v. O. H. (29. 2) Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire.

[4] l. 1 § 7 D. de succ. ed. (38. 9) . . . quia quod acquisitum est, repudiari non potest.

[5] l. 5 pr. D. de leg. (30) . . . semel dumtaxat optare possumus. Seneca, Controv. lib. III. controv. 23. Optio, inquit, semel puellae datur; immutabilis est semel emissa. l. 20 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5). l. 84 § 9 D. de leg. (30). l. 11 § 1 D. de leg. (31).

[6] l. 27, l. 94 D. de A. v. O. H. (29. 2). Daher können Auswanderer, welche die ihnen in Ausſicht ſtehenden Erbſchaften durch einen ſ. g. Erbſchaftsvertrag (§ 3 S. 61 Note 1 sub a) veräußern, dieſe Erbſchaften nicht im Voraus antreten; vgl. Blätter für Rechtsanw. in Bayern Bd. 17 S. 205.

[7] Nach ius civile war auch dieſe Erklärung nichtig, vgl. die Note 1

vollendetes Geschäft muß er sie in der Zwischenzeit durch seinen fortdauernden Willen aufrecht erhalten und aufrecht erhalten können: durch seinen Widerruf, durch Wahnsinn, durch den Verlust der erforderlichen Dispositionsfähigkeit und durch seinen Tod vor der Delation geht sie unter. [1]

In seiner Wahl zwischen dem Antritt und der Repudiation ist der Delat an und für sich frei. [2] Nur zu Gunsten des Universalfideicommissars erleidet dieser Grundsatz eine Ausnahme — der heres fiduciarius kann zum Antritt gezwungen werden, um das Universalfideicommiß aufrecht zu erhalten [3] —, und zu Gunsten der Legatare modificirt er sich: wenn die Repudiation des Testamentserben in betrügerischer Absicht erfolgt, wird er von den Vermächtnissen nicht befreit. [4]

---

citirten Stellen. Das ius praetorium erkannte ihre Existenz als negotium imperfectum an, c. 9 C. qui adm. ad b. p. (6. 9). Die in den Schlußworten dieser Stelle getroffene Bestimmung, deren Ausdehnung von der Agnition der bonorum possessio auf die hereditatis aditio keinem Zweifel unterliegen kann (a. M. Arndt's Pand. § 507 Anm. 2), hat in den Basiliken XL 1. 25 folgende noch deutlichere Fassung: Sed et si intra tempus prioris bonorum possessionis adhuc currens hi, qui in secundo gradu bonorum possessionis positi sunt, testationem fecerint, et contigerit, ut ipsa bonorum possessio secunda locum habat, sufficiat prior testatio, quamvis non suis temporibus facta. Vgl. § 10 I. de b. p. (3. 9). Die Erklärung des Antritts im Voraus wird heute von praktischer Bedeutung, wenn einem Nacherben eine Antretungsfrist gesetzt ist; um diese Frist in keinem Fall zu versäumen, kann er schon vor dem Wegfall der Vorerben die Antrittserklärung abgeben.

[1] Vgl. die Theorie der negotia imperfecta in meiner Abhandlung über den obligatorischen Vertrag unter Abwesenden S. 6 ff. S. 92 ff. (in v. Iherings Jahrb. f. Dogmat. Bd. 11 S. 144 ff. S., 230 ff.) und die Uebersicht in meiner Schrift über den Fruchterwerb des b. f. possessor S. 17 Note 48. Windscheid, Pand. § 597 Note 2.

[2] Er kann z. B. eine solvente Erbschaft repudiiren, obwohl dadurch die angeordneten Vermächtnisse untergehen, l. 17 D. si quis om. c. test. (29. 4).

[3] l. 17 D. eod.

[4] l. 6 § 8 D. eod. . . . neque enim interdictum est, ut quis omittat hereditatem, si sine fraude id fiat. Der Testamentserbe wird also von den Vermächtnissen z. B. nicht befreit, wenn er die Erbschaft ex testamento ausschlägt, um sie ab intestato anzutreten, sofern der Erblasser dies nicht gestattet hat, l. 1, l. 6, l. 10, l. 11 l. 13—16, l. 18, l. 22, l. 26 D.

Einer allgemeinen Beschränkung unterliegt die Ausübung der Erbberechtigung nur in Folge ihrer Untheilbarkeit. Der Delat muß die ihm angefallene Erbschaft oder Erbportion stets ganz antreten oder ganz repudiiren.[1] Erklärt er den Antritt blos pro parte, so erwirbt er die deferirte Erbschaft demungeachtet in vollem Umfange.[2] Diese Untheilbarkeit hat einen doppelten Zweck: sie soll einerseits verhindern, daß die Erbschaft zu einer Quote Gegenstand des Concurses wird, andererseits daß die angeordneten Vermächtnisse wegen Mangels eines Onerirten theilweise ungültig werden. Dazu müßte es kommen, wenn die vom Delaten nicht gewollte Quote seiner Erbportion auch vom Fiscus ausgeschlagen würde, weil sie ihm nach Abzug der Schulden und Vermächtnisse keinen Gewinn mehr verspricht:[3] denn Vermächtnißnehmer haben nur einen Anspruch unter der stillschweigenden Bedingung si heres erit, finden also im Concurse überhaupt keine Stelle,[4] und wer Erbe geworden ist, haftet für die Vermächtnisse nur soweit, als sie durch seinen erbschaftlichen Erwerb gedeckt werden können.[5]

Aus denselben Gründen kann der Delat, welcher als einziger Erbe auf mehrere Erbportionen eingesetzt ist, nach den Grundsätzen des Accrescenzrechts nicht die eine antreten und die andere repudiiren,[6] selbst dann nicht, wenn er für einzelne Quoten einen Substituten hat: dessen Repudiation könnte die Vacanz dieser Quoten und den Concurs über sie bewirken.[7] Er schlägt deshalb, wenn

---

eod. c. 3 C. h. t. (6. 39). Strippelmann, a. a. O. Bd. 3 S. 271. Vgl. auch l. 2—4 D. eod. c. 1 C. h. t. (6. 39).

[1] l. 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.

[2] l. 10 D. eod. Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse.

[3] l. 1 § 1 D. de iure fisci (49. 14).

[4] l. 21 § 1 D. quando dies leg. (36. 2). l. 17 D. de m. c. donat. (39. 6).

[5] l. 114 § 3 D. de leg. (30).

[6] c. 20 C. de iure delib. (6. 30). c. un. § 10 C. de caduc. toll. (6. 51) . . . quum sit absurdum, eusidem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere. Vgl. Fuchs, Ueber die Erwerbung mehrerer Erbportionen im Arch. f. civil. Pr. Bd. 39 S. 233 ff.

[7] l. 80 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2).

er eine der mehreren Portionen repudiirt, damit zugleich die übrigen aus,[1] und wenn er eine derselben antritt, so fallen ihm auch die andern gegen seinen Willen zu.[2] Dagegen der Testamentserbe, der seinem Miterben substituirt ist, kann seine Institutionsportion allein repudiiren, so lange ihm die Substitutionsportion nicht deferirt ist, und die Erbschaft als Substitut antreten, wenn später diese Delation erfolgt; hier besteht nicht die Gefahr, daß eine dieser Quoten vacant wird.[3]

---

[1] l. 10 § 3 D. de vulg. subst. (28. 6).

[2] l. 80 pr. § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 33 D. de her. inst. (28. 5). Das Nähere darüber § 29.

[3] l. 76 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2) Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito quin si (peremta ins. Mommsen) prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere (omittere Leist) velim aut vindicare. Diese Stelle ist unzweifelhaft von dem Fall zu verstehen, wo die Delation aus der heredis institutio durch Versäumniß der dem alten Recht angehörenden Cretionsfrist untergegangen ist, also aditionem eine Interpolation für cretionem. Leist, Observ. ad fr. 76 § 1 cit. Jenae 1853. Dagegen peremta dürfte an dem bezeichneten Ort nicht einzuschieben sein. Der Sinn der Stelle ist folgender: „da ich ex prima institutione, so lange die Bedingung für die Substitution nicht eingetreten ist, durch den Antritt Erbe bin, wenn ich will, so kann ich auch die Institutionsportion omittiren und sie der Substitutionsportion accresciren lassen, und wenn die Bedingung für die Substitution eingetreten ist, die Substitutionsportion antreten." Dasselbe Resultat kann nun aber der Delat, auch durch Repudiation der Institutionsportion herstellen, l. 1 § 5. 6 D. si quis om. c. test. (29. 4), vgl. Schlayer in Arch. f. civil. Pr. Bd. 53 S. 53 ff., Arndts, Pand. § 517 Anm. 5, Pictak in Arch. f. civil. Bd. 59 S. 3 ff. Die herrschende Ansicht lehrt: durch Ausschlagen eines unbedingten Erbtheils wird der eingesetzte Erbe auch vom Erwerb des bedingten ausgeschlossen, wenn sich später die Bedingung erfüllt, v. Vangerow, Pand. § 451 Anm. 3, Windscheid, Pand. § 602 Note 6, Wendt im Arch. f. civ. Pr. Bd. 55 S. 261 ff. Dieser Satz gilt in der That nur für den Fall, wo der ausgeschlagene Erbtheil durch den späteren Erwerb des bedingten vacant werden müßte oder könnte. Es ergiebt sich aus den Grundsätzen über die Accrescenz: der einzige Erbe, der auf eine Erbportion pure, auf die andere sub conditione eingesetzt ist, erwirbt im Moment, wo er jene antritt, auch diese schon pendente conditione durch Accrescenz, um ihre künftige Vacanz unmöglich zu machen; vgl. l. 60 § 7 i. f. D. de H. I. (28. 5) und § 29.

Die Wahl, durch welche die Erbberechtigung ausgeübt wird, ist ein einseitiges Rechtsgeschäft: sie erfolgt durch eine einseitige Willenserklärung, welche bei der Repudiation auf die Endigung der Erbberechtigung, beim Antritt auf die Succession in die erbschaftlichen Rechte und Schulden aus dem Titel der Erbberechtigung gerichtet ist.[1] Sie ist daher ungültig einerseits, wenn es an den allgemeinen Erfordernissen jedes einseitigen Rechtsgeschäfts fehlt: an dem Willen, durch welchen die Wahl bedingt ist, an der Erklärung dieses Willens und an der Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung, andererseits wenn die Erbberechtigung im Moment, wo sie ausgeübt wird, noch ungewiß ist, weil in der Zeit der Ungewißheit die Wirkungen des Antritts und der Repudiation nicht eintreten können;[2] und sie setzt Dispositionsfähigkeit des Delaten[3], eventuell Stellvertretung für denselben voraus. Die folgenden Paragraphen handeln von diesen Gründen der Ungültigkeit (§ 7—9) und von der Stellvertretung bei der Ausübung der Erbberechtigung (§ 10—15; daran schließen sich die Vorschriften über die Zeit der Ausübung (§ 16).

2. Ungültigkeit der Ausübung.

a. Wegen Nichtexistenz des Willens.*

§ 7.

Die Wahl zwischen Antritt und Repudiation der Erbschaft fordert, daß der Delat den Willen, die Erbschaft zu erwerben oder auszuschlagen, definitiv faßt und erklärt. Faßt und erklärt er

---

[1] l. 3 § 2 D. de itin. act. priv. (43. 19), c. 1 C. si quis ignor. (5. 73).

[2] l. 76 D. de R. I. (50. 17), l. 16 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5). S. § 9 Note 2.

[3] l. 8. 9 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 11 D. de auct. et cons. tut. v. cur. (26. 8), c. 5 C. de rep. v. abst. her. (6. 31).

* Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 42 S. 470. Leist, die Bonorum Possessio Bd. 2 S. 311. 337, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub IId. Enneccerus, über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung (1871) S. 54; mein System § 8.

dieſen Willen unter Vorbehalten, ſo hat er die Wahl nicht getroffen. Seine Vorbehalte ſchließen die Ausübung der Erbberechtigung wegen Nichtexiſtenz des erforderlichen Willens aus. Es dauert alſo für ihn die bisherige alternative Befugniß, anzutreten oder zu repudiiren, fort.

So verhält es ſich namentlich, wenn der Delat der Erklärung des Antritts oder der Repudiation einen dies a quo oder ad quem hinzufügt, oder eine Suſpenſiv- oder Reſolutivbedingung,[1] gleichviel ob die Bedingung eine eigentliche oder uneigentliche iſt.[2] Wenn der Delat erklärt, daß er die Erbſchaft erſt von einem beſtimmten Termin an oder beim Eintritt einer künftigen objectiv oder ſubjectiv noch ungewiſſen Thatſache erwerben oder ausſchlagen wolle, ſo hat er den Willen, anzutreten oder zu repudiiren, noch nicht definitiv gefaßt und deshalb die Wahl, die ihm zuſteht, noch nicht getroffen; und wenn er erklärt, daß er die Erbſchaft bis zu einem beſtimmten Termin oder bis zum Eintritt einer künftigen noch ungewiſſen Thatſache antreten oder repudiiren wolle, ſo trifft er eine Wahl, die ihm nicht zuſteht. Die Erbberechtigung kann vom Delaten nur durch die vorbehaltsloſe Erklärung, daß er antrete oder repudiire, ausgeübt werden.[3]

---

[1] l. 77 D. de R. I. (50. 17) Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt: nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur. si obligationis conditio extiterit; quae si verbis nominatim acceptitationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum. Vgl. Fitting im Arch. für civil. Pr. Bd. 39 S. 339, S. 342.

[2] l. 51 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2) Sed et si quis ita dixerit: si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est.

[3] Deshalb iſt nicht blos der Vorbehalt ungültig, ſondern die ganze Erklärung: in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem; ſo z. B. beim Antritt unter dem Vorbehalt künftiger Repudiation nicht blos dieſer Vorbehalt, wie das Urtheil in Seuffert's Arch. Bd. 8 Nr. 154 anzunehmen ſcheint, ſondern auch die Antrittserklärung.

h. Wegen Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung.*

§ 8.

Der Antritt und die Repudiation einer Erbschaft stehen als Rechtsgeschäfte unter folgendem Grundsatz: wenn das Motiv, welches den zu einem Rechtsgeschäft erforderlichen Willen veranlaßt, die freie Selbstbestimmung des Handelnden ausschließt, so existirt der Rechtserwerb oder Rechtsverlust, auf welchen das Geschäft gerichtet ist, weil der Wille existirt, der Mangel der freien Selbstbestimmung macht den Erwerb oder Verlust nur anfechtbar;[1] fehlt es dagegen an der Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung, so ist der Rechtserwerb oder Rechtsverlust, auf welchen das Rechtsgeschäft gerichtet ist, nichtig, weil er nicht gewollt ist, das Geschäft hat aber rechtliche Existenz und kann deshalb anderweitige rechtliche Wirkungen haben.[2]

Hiernach hat der Delat, wenn das Motiv des Antritts oder der Repudiation Betrug ist, die actio doli gegen den Betrüger auf Schadensersatz,[3] und im Fall des Zwanges auch Anspruch auf i. i. restitutio propter metum, falls sich die erlittene Läsion mit der actio quod metus causa gegen den Zwingenden nicht ausgleichen läßt.[4] Dagegen bei einem error probabilis über die

---

* Vgl. Mühlenbruch im Arch. f. civ. Pr. Bd. 2 S. 361 und in Glück's Comment. Bd. 42 S. 416 ff., Bd. 43 S. 104 ff., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub IIc, v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 498, meine Abhandl.: Zur Lehre v. Erwerb der Erbsch. u. der Verm. in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 S. 138 ff.

[1] Puchta, Pand. § 55 ff., Windscheid, Pand. § 78 ff.

[2] Für das Rechtsgeschäft bewirkt die Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung keine Nichtigkeit, wie die heute herrschende Doctrin lehrt, vgl. Puchta, Pand. § 65 ff., Windscheid, Pand. § 75 ff., sie macht nur das Rechtsverhältniß nichtig, auf welches das Geschäft gerichtet ist. Vgl. Koeppen, der oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 246. 250 ff. u. in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 388 ff. S. auch unten S. 105 Note 1. 2 u. S. 106 Note 5.

[3] l. 40 D. de dolo (4. 3). Vgl. Windscheid, Pand. § 118 Note 6.

[4] l. 21 § 5 D. quod metus c. (4. 2), l. 85 D. de A. v. O. H. (29. 2). Windscheid, Pand. § 118 Note 3. 4.

Solvenz der Erbschaft steht dem Delaten der Anspruch auf i. i. r. nicht zu. Hier ist der Grund der Läsion nicht der Irrthum, sondern die Nichtbenutzung des beneficium inventarii; deshalb fehlt der Causalzusammenhang zwischen der Läsion und der causa restitutionis, durch welchen der Anspruch auf Restitution bedingt ist.[1]

Auch bei der Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung kommen auf die Ausübung der Erbberechtigung die für alle Rechtsgeschäfte geltenden Principien zur Anwendung, mag die Uebereinstimmung eine absichtliche oder unabsichtliche sein.

Eine absichtliche Nichtübereinstimmung liegt vor, wenn der Delat sich derselben bewußt ist, weil er den Antritt oder die Repudiation nicht ernstlich gemeint, oder simulirt hat d. i. das Geschäft nicht gewollt, sondern nur erklärt hat, um ihm den Schein eines gewollten zu geben. Wo ein derartiger Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht ein rein innerer Vorgang in der Person des Delaten geblieben, sondern aus den Umständen zu erkennen und nachzuweisen ist,[2] schließt er im Fall des Antritts den Erwerb der Erbschaft, im Fall der Repudiation den Untergang der Erbberechtigung für den Delaten aus.[3] Das Rechtsverhältniß, welches das Rechtsgeschäft zum Zweck hat, ist ungültig, weil es nicht gewollt ist, aber das erklärte Rechtsgeschäft

---

[1] Vor der Einführung des beneficium inventarii war der error probabilis über die Solvenz der Erbschaft eine causa restitutionis, § 5. 6 I. de hered. qual. (2. 19). Nach Justinianischem Recht findet die Restitution propter errorem in dem Gebiet des materiellen Rechts nur noch in dem einzigen Falle statt, wenn die Erbschaftsgläubiger in Folge eines entschuldbaren Irrthums vom beneficium separationis Gebrauch gemacht haben, l. 1 § 17 D. de separat. (42. 6). Windscheid, Pand. § 118 Note 7. Seuffert, Arch. Bd. 34 Nr. 266.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 109.

[3] l. 6 § 7 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere. Vgl. v. Savigny, System Bd. 7 S. 127 Note m. Windscheid, Pand. § 596 Note 20.

kann, weil es rechtliche Existenz hat,[1] anderweitige rechtliche Wirkungen für den Delaten haben.[2]

Eine unabsichtliche Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung tritt ein, wenn der Delat sich des Widerspruchs zwischen beiden nicht bewußt ist. Dies ist der Fall, wenn er äußerlich die zum Antritt oder zur Repudiation erforderliche Erklärung abgiebt, aber demungeachtet den zu diesen Geschäften erforderlichen Willen nicht gehabt hat, weil er sich über einen bei der Ausübung der Erbberechtigung wesentlichen Punkt im Irrthum befand. Ein solcher s. g. wesentlicher Irrthum ist nur der, durch welche der Irrende einen Schaden erleiden kann; läßt sich überhaupt kein Rechtsinteresse des Irrenden denken, welches durch den Irrthum verletzt werden könnte, so ist der Irrthum ein s. g. unwesentlicher, der den zum Rechtsgeschäft erforderlichen Willen nicht ausschließt.[3] Für den unwesentlichen Irrthum gilt

---

[1] Vgl. l. 54 D. de O. et A. (44. 7) und l. 55 D. de contr. empt. (18. 1), wo nicht gesagt wird, daß wegen der Simulation der Contract nicht existirt, sondern nur, daß das vinculum iuris, welches er herstellen soll, keinen Bestand hat.

[2] Dem gutgläubigen Nacherben, der in Folge der erklärten Repudiation angetreten hat, haftet er auf Ersatz aller aus dem Antritt erwachsenen Kosten; wenn er unter Berufung auf die Simulation den Nacherben mit der hereditatis petitio verklagt, so gehört auch dieser Ersatzanspruch zu den Gegenansprüchen, die der b. f. possessor geltend machen kann, l. 25 § 11 sqq. D. de H. P. (5. 3). Ebenso haben im Fall des simulirten Antritts die gutgläubigen Erbschaftsgläubiger, welche ihre Forderungen vom Simulanten einklagen, Anspruch auf Entschädigung, wenn er die Nichtigkeit des Erbschaftserwerbes geltend macht. Vgl. Kohler, Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 128 ff.

[3] l. 34 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... consequens est dicere posse eum adire, maxime quum haec suspicio nihil ei obfuerit nec periculum attulerit ..... nam in nullo haec suspicio obfuit. Das Rechtsinteresse des Irrenden bestimmt sich nach der Natur des Geschäfts, bei dem der Irrthum Statt findet; sie entscheidet also auch darüber, welche Punkte wesentlich und unwesentlich sind. Nach ihr kann z. B. der error in persona bald ein wesentlicher, bald ein unwesentlicher sein, ebenso der error in substantia und der error in corpore, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 168. 169, Bd. 4 Nr. 225, Bd. 7 Nr. 19, Bd. 10 Nr. 47, Bd. 16 Nr. 35. 36; l. 1 § 4 D. de V. O. (45. 1).

deshalb der Satz: plus est in re, quam in existimatione,[1] für den wesentlichen aber, gleichviel ob er entschuldbar ist oder nicht, gilt das Gegentheil: plus est in opinione, quam in veritate.[2] Dort ist für die rechtliche Wirkung des erklärten Geschäfts nur das wahre Sachverhältniß maßgebend, nicht was der Handelnde bei der Erklärung irrthümlich geglaubt hat, hier dagegen, wenn der Irrthum bewiesen werden kann,[3] die Meinung, in welcher die Erklärung von ihm gemacht ist, nach dem Grundsatz: nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit.[4] Das Rechtsverhältniß, auf welches das Rechtsgeschäft des Delaten gerichtet ist, hat wegen des Irrthums keine Geltung, aber das erklärte Rechtsgeschäft existirt[5] und kann deshalb anderweitige rechtliche Wirkungen für den Delaten haben.[6]

Ein wesentlicher Irrthum des Delaten ist hiernach namentlich:

1) Der Irrthum über die Existenz der Erbberechtigung, vermöge dessen er überhaupt nicht weiß, daß die Delation der Erb-

---

[1] l. 9 § 4 D. de iur. ign. (22. 6), l. 4 § 1 D. de man. vind. (40. 2), l. 2 § 2 D. pro empt. (41. 4), § 11 I. de leg. (2. 20); v. Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 2 S. 157.

[2] l. 15 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[3] Vgl. Römer, die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 39 45 ff.

[4] l. 7 § 2 D. de supp. leg. (33. 10). Vgl. l. 3 D. de reb. dub. (34. 5). l. 19, l. 54 pr. D. de A. R. D. (41. 1).

[5] Vgl. l. 62 § 1 D. de contr. empt. (18. 1), § 5 I. de empt. et vend. (3. 23), l. 8 § 1 D. de relig. (11. 7), l. 8. 9 D. de hered. vend. (18. 4). Aus diesen Stellen ergiebt sich, daß der wesentliche Irrthum den Abschluß des Contracts nicht hindert, weil er die dazu erforderliche Erklärung nicht hindert, sondern nur die Entstehung der Obligation, auf welche der Contract gerichtet ist, weil diese nicht gewollt ist. Statt dieser Obligation entsteht aus dem Vertrage eine Forderung für den andern Contrahenten gegen den Irrenden auf das quanti interest non esse deceptum. Die Culpa des Irrenden, welche diese Forderung voraussetzt, liegt darin, daß er den Schaden veranlaßt hat, l. 62 § 5 D. de furtis (47. 2). l. 1 § 2 D. de aed. ed. (21. 1), v. Ihering, Jahrb. Bd. 4 S. 8 ff., S. 35, Koeppen, Oblig. Vertrag unter Abwes. S. 145 Note 288, S. 246 ff. u. in d. Jahrb. Bd. 11 S. 283. 384.

[6] Dieselben wie im Fall der Simulation, S. 105 Note 2.

schaft für ihn eingetreten ist.[1] Hier können Handlungen, aus welchen an sich der Antritt oder die Repudiation gefolgert werden müßte, die stillschweigende Erklärung dieser Geschäfte nicht enthalten.[2] Der Beweis des Irrthums ergiebt, daß sie vom Delaten nicht mit diesem Willen vorgenommen sind, sondern in einer andern Absicht, nach der sich allein ihre rechtlichen Wirkungen bestimmen können.[3]

2) Der Irrthum über den Grund der Delation. Glaubt der Delat die Erbschaft sei ihm ab intestato deferirt, während er in der That ex testamento berufen ist, oder umgekehrt, oder ist er aus einem andern Testament berufen, als er annimmt, so befindet er sich bei der Ausübung der Erbberechtigung über einen wesentlichen Punkt im Irrthum, weil sich nach dem verschiedenen Delationsgrunde sehr verschiedene Wirkungen mit der Erbfolge verbinden können.[4] Deshalb schließt die Meinung des Delaten, eine Intestaterbberechtigung auszuüben, während ihm in Wahrheit eine testamentarische Erbberechtigung zusteht, beim Antritt den Erwerb der Erbschaft und bei der Repudiation den Verlust der Erbberechtigung aus. Seine Delation dauert also fort.[5]

3) Der Irrthum über die Größe der deferirten Erbportion. Wenn der Delat z. B. mit Rücksicht auf den ihm be-

---

[1] Z. B. er glaubt daß der Erblasser noch lebt, oder er hält seine Erbeinsetzung irrthümlich für eine bedingte, oder er weiß nicht, daß sich die Bedingung erfüllt hat, oder er hält das Testament, in welchem er eingesetzt ist, für ungültig.

[2] l. 32 pr. § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 2 D. de cond. (35. 1), l. 17 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 21 § 2 D. eod. ... ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex iisdem causis nec pro herede gerendo quidquam agere sciendum est.

[3] Vgl. § 6 S. 96 Note 1 u. 4.

[4] Z. B. der Intestaterbe weiß von der Errichtung des Testaments nichts, oder er hält es für ungültig, oder er hält es für gültig, während es ungültig ist; oder er ist in einem früheren gültigen und in einem späteren ungültigen Testament eingesetzt und hält das letztere für gültig. Seuffert, Arch. B. 25 Nr. 35 S. 58, Bd. 27 Nr. 147.

[5] l. 22 D. de A. v. O. H. (29. 2), c. 4. 8 C. de iur. et fact. ign. (1. 18), § 7 I. de hered. qual. (2. 19), l. 19 D. de inoff. test. (5. 2), l. 17 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 97 D. eod.

kannten Inhalt eines Testaments den Antritt oder die Repudiation erklärt, während ein späteres ihm unbekannt gebliebenes Testament seinen Erbtheil verändert hat, so ist auch das ein wesentlicher Irrthum, der die Ausübung der Erbberechtigung ausschließt:[1] denn auch dieser Irrthum kann dem Delaten nachtheilig werden, der hinterlassene Erbtheil mag kleiner oder größer sein als der vermeintliche.[2]

4) Der Irrthum über die Wirkung der Berufung. Wenn der Delat sich für einen heres suus hält, so kann er weder repudiiren noch antreten. Bei der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, die Erbschaft nicht behalten zu wollen, ist sein Willen auf die Abstinenz gerichtet. Diese hat andere Wirkungen als die Repudiation: die Repudiation ist irrevocabel, während die Abstinenz innerhalb einer bestimmten Frist widerrufen werden kann.[3] Deshalb darf die Erklärung der Abstinenz nicht als Erklärung der Repudiation zum Nachtheil des Delaten gelten. Und ebensowenig darf der Delat, weil er der Meinung ist, als heres suus die Erbschaft ipso iure erworben zu haben, wie ein heres voluntarius behandelt werden, der sie durch Antritt erworben hat. Sein Wille ist nicht auf den Antritt gerichtet, auch nicht im Fall der immixtio,[4] und der Erwerb hat in beiden

[1] l. 75 D. de A. v. O. H. (29. 2). Natürlich kann der Irrthum über die Erbschaftsquote als ein bloßer Irrthum im Motive auch ein unwesentlicher sein. Wer sich vor Eröffnung des Testaments (c. un. § 5 C. de cad. toll. 6. 51) zur Erklärung des Antritts durch eine falsche Vorstellung über die Größe seiner Erbportion bestimmen läßt, hat gültig angetreten. Hier existiert der zum Antritt erforderliche Wille, das Hinterlassene zu erwerben, der Irrthum ist nur das Motiv, welches den Willen veranlaßt hat.

[2] Es kann z. B. der Delat die größere Portion trotz lästiger Auflagen, und die kleinere trotz der Insolvenz des Nachlasses aus Pietät für den Erblasser antreten, während er bekannt mit seinem wahren Erbtheil in beiden Fällen repudiirt hätte, dort um jeden, hier um größeren Schaden von sich abzuwenden; vgl. l. 25 § 11 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[3] Nach Justinian's Bestimmung innerhalb einer Frist von drei Jahren seit der Abstinenz oder seit Ablauf der Restitutionszeit, je nachdem der suus großjährig oder minderjährig ist, c. 6 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31), l. 69 D. de R. I. (50. 17).

[4] Obwohl die immixtio durch dieselben Handlungen erfolgt, wie die pro herede gestio, l. 87 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2).

Fällen eine verſchiedene Wirkung. Der suus erwirbt die Erbſchaft mit dem beneficium abstinendi, der heres voluntarius ſchließt durch den Antritt die Repudiation aus, und aus der immixtio des vermeintlichen suus läßt ſich nicht folgern, daß er auch den Antritt erklärt haben würde, wenn er ſeine Eigenſchaft als heres voluntarius gekannt hätte. Deshalb betrifft auch der Irrthum über die Wirkung der Berufung einen bei der Ausübung der Erbberechtigung weſentlichen Punkt. Es muß daher auch auf ihn der Satz zur Anwendung kommen: plus est in opinione, quam in veritate.[1]

Die Fälle des unweſentlichen Irrthums in der Perſon des Delaten können natürlich der mannigfaltigſten Art ſein. Es zählt zu ihnen z. B. der Fall, wo ein pure inſtituirter Erbe unter einer Bedingung eingeſetzt zu ſein glaubt und in Folge deſſen den Antritt oder die Repudiation erſt nach Eintritt der vermeintlichen conditio erklärt. Bei dieſem Irrthum, der den Delaten in keiner Weiſe in Nachtheil bringen kann, fehlt es nicht an der Uebereinſtimmung zwiſchen Willen und Erklärung; er bleibt deshalb ohne jede rechtliche Wirkung.[2] Eben ſo verhält es ſich, wenn der Delat bei der Erklärung des Antritts oder der Repudiation der irrigen Meinung iſt, er ſei wegen ſeines Alters noch dispoſitionsunfähig. Auch dieſer Irrthum, der gleichfalls dem Delaten nicht nachtheilig werden kann, berührt den zu dieſen Geſchäften erforderlichen Willen nicht.[3] Er bezieht ſich nur auf eine conditio iuris d. i. auf eine juriſtiſche Vorausſetzung für die Wirkſamkeit dieſer Geſchäfte. Deshalb ſetzt die Wirkſamkeit auch nur die Exiſtenz dieſer conditio

---

[1] l. 15 D. de A. v. O. H. (29. 2) Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare: nam plus est in opinione quam in veritate. l. 16. Et e contrario, qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest.

[2] l. 34 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... haec suspicio nihil ei obfuerit nec periculum attulerit.

[3] l. 96 D. eod. Qui se pupillum falso existimans, cum esset pubes, pro herede gessit, quominus heres existat, nihil error talis ei nocebit. l. 21 § 3, l. 35 pr. D. eod. Ueber die beiden letzten Stellen vgl. mein Syſtem § 9 S. 362, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 422, v. Vangerow, Pand. § 498, Puchta, Vorl. Bd. 2 Beil. XXIII.

voraus; was der Delat über ſie geglaubt hat, iſt irrelevant: plus est in re, quam in existimatione.[1]

c. Wegen Ungewißheit der Erbberechtigung.*

§ 9.

Damit der Delat ſeinen Willen zur Wahl zwiſchen dem Antritt und der Repudiation der Erbſchaft beſtimmen kann,[2] muß er über ſeine Erbberechtigung in allen weſentlichen Punkten Gewißheit haben:[3] über ihre Exiſtenz, über ihren Umfang d. i. über die Größe der deferirten Erbportion und über ihren Grund d. i. darüber ob ſie eine teſtamentariſche oder eine Inteſtaterbberechtigung iſt. Während der Ungewißheit über dieſe Punkte kann der Antritt keine Acquiſition, die Repudiation keine ſucceſſive Delation der Erbſchaft bewirken. Es würde ſonſt einer Perſon die Dispoſition über die Erbſchaft eingeräumt werden, die nicht zu beweiſen im Stande iſt, daß ſie die Erbſchaft, oder welchen Erbtheil ſie erworben hat, und die für die Erbſchaftsſchulden nicht haften könnte, weil die Berufung auf die Ungewißheit ihrer Erbberechtigung ſie trotz der Antrittserklärung von dieſer Haftung befreien müßte.

Im Intereſſe aller betheiligten Perſonen iſt deshalb die ungewiſſe Erbberechtigung juriſtiſch einer noch nicht exiſtirenden gleich-

---

[1] Weſentlich verſchieden von dem Irrthum über eine ſolche conditio iuris für die wirkſame Ausübung des Erbrechts, iſt natürlich der Irrthum über eine conditio facti, von der der Erwerb der Erberechtigung abhängig iſt. Hier muß der Delat die Erfüllung der Bedingung kennen, um gültig antreten oder repudiiren zu können: ſo lange er ſie nicht kennt, irrt er über die Exiſtenz ſeiner Erbberechtigung, l. 21 D. de cond. (35. 1).

* Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 42 S. 416 ff., Bd. 43 S. 103 ff. Sintenis, das prakt. gem. Civilr. § 183 sub II. c., v. Vangerow, Pand. § 498, meine Abh.: Zur Lehre vom Erw. der Erbſch. u. d. Verm. in d. Jahrb. für Dogm. Bd. 5 S. 148 ff. und mein Syſtem § 10.

[2] Gaius II. 169 ... sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.

[3] l. 76 D. de R. I. (50. 17). In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. Vgl. l. 16 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5).

gestellt;[1] und der Tod des Delaten vor eingetretener Gewißheit ist durch die Vorschrift unschädlich gemacht, daß die unvererbliche Erbberechtigung durch Restitution auf seine Erben transmittirt werden soll.[2] Es bleibt also der Nachlaß während der Ungewißheit, weil der erklärte Antritt nichtig ist, eine hereditas iacens, für die auf Verlangen ein Curator bestellt werden muß,[3] sofern nicht aus besonderen Gründen der muthmaßliche Erbe den provisorischen Besitz der Erbschaft beanspruchen darf;[4] und der Delat kann nach eingetretener Gewißheit alle Erbschaftsrechte von Neuem verfolgen, die er in der Zeit, wo er seine Erbberechtigung nicht beweisen konnte, erfolglos geltend gemacht hat. Es steht ihm nicht die exceptio rei iudicatae entgegen, weil nicht de eadem quaestione gestritten wird.[5]

Diese Vorschriften erleiden aber eine Modification, wenn die Beschaffenheit des Falls ein Provisorium in der Zeit der Ungewißheit gestattet. Ein solches Provisorium kann vorkommen bei der Ungewißheit über die Existenz, über den Umfang und über den Grund der Erbberechtigung.

Die Ungewißheit über die Existenz der Erberechtigung suspendirt ihre Ausübung, wenn auch der Delat selbst über dieselbe im Zweifel sein muß.[6] Besteht für ihn diese Ungewißheit nicht,

---

[1] l. 19 D. de A. v. O. H. (29. 2) In repudianda hereditate, certus esse debet de iure suo is qui repudiat. l. 21 § 2 D. eod. ... ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex iisdem causis nec pro herede gerendo quidquam agere sciendum est.

[2] c. un. § 5 C. de cad. toll. (6. 51). Ursprünglich wurde diese Transmission nur in einzelnen bestimmten Fällen durch den Prätor und durch kaiserliche Constitutionen zugelassen, l. 6 § 1, l. 42 § 3 D. de bon. lib. (38. 2), l. 84 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 4 § 3, l. 5 D. de b. p. c. t. (37. 4); schließlich betrachtete die röm. Jurisprudenz sie aber als ein allgemeines von der aequitas gefordertes Princip, l. 12 D. do Carb. ed. (37. 10).

[3] l. 8 pr., l. 9 pr. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4), l. 2 § 4 D. de cur. bon. dando (42. 7).

[4] S. Note 6.

[5] l. 25 pr. D. de exc. rei iud. (44. 2). Si is, qui heres non erat, hereditatem petierit et postea heres factus eandem hereditatem petet, exceptione rei iudicatae non summovebitur. l. 18 D. eod.

[6] So namentlich in folgenden Fällen: 1) wenn der Tod des Erb-

ſo kann er gültig antreten oder repudiiren. Deshalb wird hier, wenn er als Delat ſterben ſollte, ſeine Erbberechtigung nicht auf

---

laſſers ungewiß iſt, l. 19 D. de A. v. O. H. (29. 2), Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. l. 13 § 1 D. eod. Si quis dubitet, vivat testator necne, repudiando nihil agit. c. 5 C. sol. matr. (5. 13), c. 4 C. de postlim. (8. 51); wird der Todestag des Erblaſſers erſt nach dem Tode des Delaten nachgewieſen, ſo muß die Erbberechtigung den Erben des Delaten reſtituirt werden, nach Analogie der l. 30 pr., l. 86 pr. D. eod., l. 12 D. de ed. Carb. (37. 10), und für den Fall der Verſchollenheit des Erblaſſers gelten die oben § 1 S. 40 Note 1 dargeſtellten Grundſätze; 2) wenn über die Erfüllung der conditio, unter welcher der Erbe inſtituirt iſt, Ungewißheit beſteht l. 21 D. de cond. (35. 1), l. 93 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 3, l. 13 § 2 D. eod.; in der Zeit der Ungewißheit kann der Erbe ſich gegen Caution den proviſoriſchen Beſitz der Erbſchaft verſchaffen und dadurch die Cura ausſchließen, l. 5 pr., l. 6, l. 10 D. de b. p. s. t. (37. 11), l. 12 D. quis satisd. cog. (2. 8), l. 23 § 1 D. her. inst. (28. 5), und ſtirbt er in dieſer Zeit, ſo wird ſeine Erbberechtigung ſeinen Erben reſtituirt, wenn die Erfüllung der conditio zu ihrer Kenntniß gekommen iſt; 3) wenn die testamenti factio des Teſtators ungewiß iſt, oder die Aechtheit des Teſtaments, weil dritte Perſonen der Fälſchung deſſelben beſchuldigt ſind, l. 32 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 34 pr. D. eod., l. 2 § 3 D. unde legit. (38. 7), l. 51 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2); auf Grund eines äußerlich fehlerfreien Teſtaments können aber die eingeſetzten Erben die missio Hadriana beanſpruchen, c. 2. 3 C. de ed. div. Hadr. toll. (6. 33), und falls ſich erſt nach ihrem Tode die Teſtirfähigkeit des Erblaſſers bezw. die Aechtheit des Teſtaments herausſtellt, wird ihre Erbberechtigung ihren Erben reſtituirt, l. 1 § 1 D. ad SC. Tertull. (38. 17), l. 6 § 1 D. de bon. lib. (38. 2); 4) wenn durch einen von der Wittwe des Erblaſſers erwarteten postumus die Erbberechtigung des nach ihm berufenen Erben ungewiß iſt, weil die Schwangerſchaft nach den Umſtänden zwar glaubwürdig erſcheint, aber nicht feſtſteht, l. 30 § 1—4 D. de A. v. O. H. (29. 2); erweiſt ſich ſpäter die Annahme der Schwangerſchaft als eine irrige, ſo wird die Erbberechtigung des inzwiſchen verſtorbenen Delaten ſeinen Erben reſtituirt nach dem in l. 12 D. de Carbon. edict. (37. 10) ausgeſprochenen Princip der aequitas, welches aber nicht ohne Widerſpruch zur Geltung gelangte, l. 3 § 30. 32 D. ad S. C. Silan. (29. 5); 5) nach dem edictum Carbonianum wird die Ausübung der Erberechtigung auch in dem Fall ſuspendirt, wenn Ungewißheit über die Perſon des Delaten entſteht, weil einem impubes ſeine Eigenſchaft als Kind des Erblaſſers beſtritten und der Proceß über die Kindſchaft und das Erbrecht des impubes durch obervormundſchaftlichen Beſchluß bis zur Mündigkeit hinausgeſchoben iſt; ſtirbt

seine Erben transmittirt,[1] und im Fall des Antritts kann er die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegen die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer nicht durch den Einwand ablehnen, daß die Delation an ihn noch zweifelhaft sei. Besteht die Ungewißheit zwar auch für ihn, aber nur, weil die Wirkung seiner Berufung ungewiß ist, ob er als heres voluntarius die Erbberechtigung oder als heres suus die Erbschaft erworben hat,[2] so kann er ebenfalls eine wirksame Erklärung über die Erbfolge abgeben. Der heres suus hat durch das beneficium abstinendi der Sache nach dasselbe Wahlrecht, wie der heres voluntarius durch die Delation.[3] In beiden Fällen steht dem Erben die alternative Befugniß zu, die Erbschaft anzunehmen oder abzulehnen. Deshalb muß die Ausübung dieser Befugniß möglich sein, wenn auch noch ungewiß ist, ob der eine oder andere Fall vorliegt.[4] Es kann der Umstand nicht entgegenstehen, daß im Fall der Ablehnung provisorisch ein schwebender Zustand eintritt, weil erst die Zukunft darüber entscheidet, ob diese Ablehnung eine Abstinenz oder eine Repudiation ist. Es ist hier aber, da die Ablehnung danach eine verschiedene Wirkung hat,[5] ein Interesse des Erben denkbar, vor eingetretener Gewißheit überhaupt keine Entscheidung über seine Erbfolge zu treffen. Erlebt er dann die Gewißheit, daß er ein heres voluntarius war, nicht mehr, so wird seine Erbberechtigung seinen Erben restituirt.[6]

---

der Delat bevor dem impubes die Kindschaft aberkannt wird, so kommt seine Erbberechtigung durch Restitution an seine Erben, l. 1 pr. § 1, l. 3 § 4. 5. 10 D. de Carb. ed. (37. 10), l. 1 § 4. 7, l. 3 § 12, l. 15 D. eod., l. 12 D. eod.

[1] So z. B. wenn die Anklage der Fälschung des Testaments gegen den instituirten Erben selbst gerichtet ist, l. 46 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 30 § 8 D. eod. Si certus sum, non esse falsum testamentum ... possum adire hereditatem.

[2] Vgl. S. 115 Note 4 a. E.

[3] l. 89 D. de legat. (30).

[4] arg. l. 33 D. de A. v. O. H. (29. 2) Quodsi dubitet, apud hostes decessit an civis Romanus, quoniam utroque casu est ius adeundi et in re est, ut possit adire, dicendum est posse adire.

[5] Vgl. § 8 S. 106 Note 3.

[6] Vgl. S. 111 Note 2.

Die Ungewißheit über den Umfang der Erberechtigung, tritt für den Delaten ein, wenn und so lange sich die Größe seiner Erbschaftsquote wegen der ungewissen Zahl seiner Miterben nicht feststellen läßt. Für sie gilt gleichfalls die Regel, daß sie den Antritt und die Repudiation suspendirt.[1] Es ist aber auch hier ein Provisorium möglich, welches die Regel modificirt. Läßt sich ein Erbtheil ermitteln, der den gleichberechtigten Erben auf alle Fälle zu Theil werden muß, dann wird ihnen dieser provisorisch deferirt, so daß er von den gewissen Miterben angetreten oder repudiirt werden kann und eventuell, wenn die Zahl der Miterben feststeht, durch Accrescenz seine Ergänzung erhält. Für einzelne Fälle ist diese provisorische Delation durch besondere Vorschriften geregelt,[2]

---

[1] l. 93 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) ... certus esse debet, an pro parte, an ex asse ... heres existat. An dieser Gewißheit fehlt es nicht, wenn die Größe der Erbportion dem Delaten nur zur Zeit unbekannt ist, aber von ihm alsbald ermittelt werden kann. Der Testamentserbe, der seine Erbeinsetzung weiß, aber seine Erbportion nicht kennt, kann vor Eröffnung des Testaments das ihm Hinterlassene gültig antreten oder repudiiren, c. un. § 5 C. de caduc. toll. (6. 51), Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 205. Auch die Ungewißheit darüber, wie groß die Erbschaftsquote im letzten Resultat sein wird, hindert natürlich die Ausübung der Erbberechtigung nicht: bei der Rechtsnothwendigkeit, mit welcher die Accrescenz eintritt, kann der Delat darüber niemals sofort Kenntniß haben. Von einer solchen Ungewißheit spricht l. 5 § 1 D. si pars hered. pet. (5. 4), was v. Vangerow, Pand. § 498 sub 3 übersieht.

[2] Für den Fall, wo zu den Miterben die erwarteten postumi von blos Einer Mutter zählen, und für den Fall, wo einem impubes seine Eigenschaft als Kind des Erblassers und damit seine Eigenschaft als Miterbe bestritten wird. Im ersten Fall wird eine Drillingsgeburt als möglich angenommen und darnach provisorisch die Delation regulirt: für den venter werden drei Erbportionen reservirt, und der Rest wird den schon geborenen Erben zu den entsprechenden Quoten deferirt; diese erfahren eine Accrescenz, wenn überhaupt kein postumus zur Welt kommt oder weniger als drei geboren sind, eine Decrescenz, wenn mehr als drei geboren werden, l. 3. 4. D. si pars hered. pet. (5. 4); vgl. l. 28 § 5 D. de iud. (5. 1), l. 36 D. de solut. (46. 3) und über diese beiden Stellen Mühlenbruch a. a. O. S. 321 ff., v. Scheurl, Beitr. Heft I. S. 82 ff., Windscheid, Krit. Ueberscheid. Bd. 1 S. 202 Note 2, mein System § 10 Note 19. In gleicher Weise gestaltet sich das Verhältniß beim impubes. Er gilt ex Carboniano edicto als Miterbe bis ihm nach erlangter Mündigkeit die Kindschaft und

für die übrigen gilt der Satz: der Richter kann bei genügenden Anhaltspunkten nach seinem Ermessen bestimmen, welcher Theil der Erbschaft den ungewissen Erben reservirt, und welche Quoten demgemäß den gewissen provisorisch deferirt werden sollen.[1] Wollen sie von dieser provisorischen Delation keinen Gebrauch machen, so wird ihre Erbberechtigung ihren Erben restituirt, wenn sie vor eingetretener Gewißheit sterben.[2]

Dieselben Grundsätze kommen auf die Ungewißheit über den Grund der Erbberechtigung zur Anwendung. Auch für sie gilt die Regel: so lange der Delat nicht wissen kann, ob ihm die Erbschaft ex testamento oder ab intestato deferirt wurde, ist die Ausübung der Erbberechtigung unmöglich.[3] Aber auch hier erleidet die Regel eine Modification, wenn sich ein Erbtheil feststellen läßt, der ihm auf alle Fälle zukommen muß: dann wird ihm dieser provisorisch deferirt und eventuell auch hier seine Erbberechtigung an seine Erben restituirt.[4]

---

das Miterbrecht aberkannt ist; dann accrescirt die ihm vorbehaltene Erbportion den legitimen Kindern oder dessen Erben, l. 3 § 10, l. 5 pr., l. 7 § 4. 5 D. de Carb. ed. (37. 10), l. 9 D. de suis et leg. her. (38. 16).

[1] Dieser Satz gehört dem prätorischen Recht an und kommt z. B. zur Anwendung, wenn der Erblasser als Erben hinterlassen hat ein Geschwisterkind und nascituri von mehreren Wittwen seiner Brüder, l. 1 § 5 D. si pars hered. pet. (5. 4); vgl. Glück's Comment. Bd. 8 S. 8, Sintenis a. a. O. § 192 sub C. Ebenso würde er z. B. anzuwenden sein, wenn die Zahl der Miterben sich nicht alsbald feststellen läßt, weil ein Theil derselben in weiter Ferne abwesend ist. Ueber die Berufung verschollener Erben vgl. § 14.

[2] Nach Analogie der l. 4 § 3, l. 5 D. de b. p. c. t. (37. 4).

[3] l. 93 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) . . . certus esse debet . . . an ex testamento an ab intestato heres existat.

[4] Auch diese Modification beruht auf prätorischem Recht, l. 84 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 4 § 3, l. 5 D. de b. p. c. t. (37. 4). Diese Stellen enthalten folgendes Beispiel: wenn ein Erblasser in seinem Testament einen postumus präterirt hat, so kann iure civili der instituirte filius bis zur Entscheidung über die agnatio postumi die Erbschaft zu keinem Theil erwerben, auch nicht zu einer quarta pars; erweist sich die Wittwe des Erblassers später als nicht schwanger, so ist zwar der filius suus sofort ipso iure aus dem Testament Erbe geworden und hat deshalb, wenn er auch vor der Entscheidung gestorben ist, den Nachlaß auf seine Erben transmittirt, beim filius emancipatus aber geht in diesem Fall den Erben die Erbschaft verloren, weil er nur durch den Antritt dieselbe erwerben kann,

Nur die Ungewißheit in den bezeichneten drei Richtungen hat einen Einfluß auf die Ausübung der Erbberechtigung; jede andere ist juristisch irrelevant. [1]

3. Ausübung durch Stellvertreter.

a. Durch den Negotiorum Gestor und durch den Mandatarius des Delaten.*

§ 10.

Für die Vornahme von Rechtsgeschäften durch einen Stellvertreter stellt das römische Recht folgendes Princip auf: wenn der Repräsentirte willensfähig ist, muß er den zum Rechtsgeschäft

---

der in der Zeit der Ungewißheit unstatthaft ist; dasselbe Resultat tritt ein, wenn die Wittwe wirklich schwanger war, und zwar hier auch für die Erben eines instituirten suus, denn die Delation ab intestato erfolgt erst mit der von ihm nicht mehr erlebten agnatio postumi. Diesen Rechtszustand änderte der Prätor der aequitas gemäß in folgender Weise ab. Er gestattete dem filius emancipatus wie dem filius suus schon in der Zeit der Ungewißheit den Erwerb der Erbschaft ex quarta parte (l. 1 § 4. 5 D. de b. p. c. t. 37. 4), weil beide Erben werden, es mag ein postumus zur Welt kommen oder nicht. Zugleich berücksichtigte er ein mögliches Interesse des filius, sich vor der Entscheidung, ob er testamento oder lege berufen sei, nicht zu binden; deshalb gab er, wenn er vorher starb, an seine Erben die bonorum possessio. Ebenso ist z. B. auch der Fall zu beurtheilen, wo ein paterfamilias seinem impubes suus die Intestaterben desselben pupillariter substituirt, einer von diesen aber die Aechtheit des Pupillartestaments angefochten hat: denn hier werden die Pupillarsubstituten auch auf alle Fälle Erben. Deshalb mußte auch ihnen und ihren Erben die bonorum possessio, die heute überall den Charakter einer civilrechtlichen Delation angenommen hat (§ 3 Seite 75), zustehen. In diesem letzten Fall verbindet sich mit der Ungewißheit des Delationsgrundes zugleich eine Ungewißheit über die Wirkung der Berufung, wenn die Pupillarsubstituten sui des Testators sind: durch gesetzliche Berufung werden sie heredes voluntarii des impubes, aus dem Pupillartestament aber heredes necessarii, l. 2 § 4 l. 10 § 1 D. de vulg. subst. (28. 6).

[8] Vgl. z. B. l. 6 § 4, l. 34 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) und dazu § 8 Seite 109.

* Vgl. Mühlenbruch in Glücks Comment. Bd. 42 S. 396 ff., Leist, die Bonorum Possessio II. 2. S. 308 ff., S. 325 ff. u. Forts. von Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 II. S. 163, III. S. 1 ff., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 S. 183 sub II. Note 28.

erforderlichen Willen selbst haben, die Stellvertretung beschränkt sich auf die Erklärung des Willens; nur bei willensunfähigen Personen kann sie sich auch auf den Willen erstrecken.

Unter diesem Princip steht auch die Ausübung der Erbberechtigung.[1] Ist einem impubes sui iuris eine Erbschaft deferirt, so muß er selbst unter auctoritas tutoris den zum Antritt oder zur Repudiation erforderlichen Willen fassen,[2] nur die Erklärung kann durch einen Stellvertreter geschehen;[3] und die einem bevormundeten pubes oder einem filiusfamilias deferirte Erbschaft kann nur mit ihrem Willen vom Vormund und vom Vater angetreten oder ausgeschlagen werden. Der Vormund und der Vater können die Wahl nicht für den Delaten treffen.[4]

Ebenso verhält es sich auch mit der Erbberechtigung eines dispositionsfähigen Delaten. Der Antritt oder die Repudiation durch einen Negotiorum Gestor bleibt für ihn wirkungslos, bis er diese Geschäfte durch Ratihabition zu den seinigen gemacht hat.[5]

---

[1] l. 1 § 1 D. de succ. ed. (38. 9). Unus enim quisque suam bonorum possessionem repudiare potest, alienam non potest. l. 6 pr. D. ad SC. Treb. (36. 1). Ueber die willensunfähigen Delaten vgl. l. 7 § 1. 2 D. de b. p. (37. 1), l. 1 D. de b. p. fur. (37. 3), l. 11 D. de auct. et cons. (26. 8). l. 67 § 3 D. ad SC. Treb. (36. 1), l. 48 § 1 D. de leg. (31) und das Justinianische Recht in c. 8 § 6 C. de bon. quae lib. (6. 61), c. 18 § 2 C. de iure del. (6. 30.)

[2] l. 1 § 4 D. de succ. ed. (38. 9). Tutor impuberis an repudiare possit, bonorum possessionem videamus. Et magis est, ne possit; sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest. l. 9 § 3 D. de auct. et cons. (26. 8), l. 7 § 1 D. de b. p. (37, 1).

[3] l. 50 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 1 § 3 D. de succ. ed. (38. 9), c. 5. 18 § 4 C. de iure del. (6. 30).

[4] l. 90 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Per curatorem hereditatem acquiri non posse. Wäre mit der Hal. per procuratorem zu lesen, so würde hier dasselbe gesagt sein, wie in der in der folgenden Note citirten Stelle. c. 26 C. de adm. tut. (5. 37). — l. 13 § 3 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 6 § 1—3 D. eod. c. 4 C. de iure delib. (6. 30) Filiofamilias delata hereditate si pater pro herede voluntate filii gessit, solemnitati iuris satisfactum videri saepe rescriptum est. c. 11. 18 C. eod., c. 8 pr. § 1. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61).

[5] l. 1 § 2 D. de succ. ed. (38. 9). Proinde procurator meus sine mea voluntate meam bonorum possessionem repudiare non potest. l. 24 pr. D. rat. rem hab. (46. 8). Bonorum possessionem ab

Er kann nur die Erklärung des für ſie erforderlichen Willens durch einen Stellvertreter machen.[1] Beſtellt er zu dieſem Zweck einen Mandatarius, ſo gelten für ſeinen Auftrag folgende Grundſätze:

1) Der Auftrag kann auf die ausdrückliche[2] wie auf die ſtillſchweigende Erklärung des Antritts oder der Repudiation gerichtet ſein.[3] Dieſe Erklärung des Mandatars ſetzt aber zu ihrer Wirkſamkeit eine ſpecielle Vollmacht voraus, die auf eine beſtimmte, gegenwärtig ſchon exiſtirende und dem Mandanten bekannte Erbſchaft gerichtet iſt,[4] weil er nur in dieſem Fall die Wahl aus der Erbberechtigung treffen und den für ihre Ausübung erforderlichen Willen haben kann. Die Erklärung eines Generalmandatars ſteht der eines Negotiorum Geſtor gleich, die der Delat erſt ratihabiren muß;[5] und das Mandat, welches ſich auf die künftige

---

alio agnitam ratam haberi oportet eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit. l. 3 § 7 D. de b. p. (37. 1), Bei der hereditatis aditio war urſprünglich die negotiorum gestio unzuläſſig, l. 67 pr. D. ad SC. Treb. (36. 1); nach ſpäterem Recht iſt ſie zuläſſig, weil nach ihm die Agnition der bonorum possessio eine pro herede gestio involvirt, c. 12 C. de iure de lib. (6. 30). Vgl. Koeppen, der obligat. Vertrag unter Abweſ. S. 94 ff. u. in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 232 ff.

[1] l. 3 § 7 D. de b. p. (37. 1) Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium. l. 6 pr. l. 67 § 3 D. ad SC. Treb. (36. 1) . . . hereditatem adire, quomodo absentes per nuntium. Dieſe Stelle zeigt, daß nicht blos bei der Agnition der bonorum possessio, wie Puchta, Pand. u. Vorl. § 497 u. A. unter Beziehung auf die Lesart der Hal. in l. 90 pr. D. de A. v. O. H. behaupten, ſondern auch bei der hereditatis aditio der Delat die Erklärung ſeines Willens durch einen Stellvertreter machen konnte. Daß dies nach heutigem Recht möglich iſt, ſteht außer Zweifel, Leiſt, Bonor. Poſſ. II. 2 S. 325 ff.; Mühlenbruch a. a. O. S. 401 ff., Windſcheid, Pand. § 596 Note 11, Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 232, Bd. 21 Nr. 243.

[2] l. 48 D. de A. v. O. H. (29. 2)

[3] Z. B. auf Anſtellung der Univerſal- oder einer Singularklage durch den Mandatar, Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 161.

[4] l. 25 § 5 D. de A. v. O. H. (29. 2). Strippelmann, Entſch. d. O. A. G. in Caſſel Bd. 5 S. 358. Heuſer's Annalen Bd. 1 S. 800. Seuffert, Arch. Bd. 21 Nr. 243.

[5] l. 3 § 7 D. de b. p. (37. 1) . . . Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, cum ratum habuero id quod actum est.

Erbschaft eines noch Lebenden bezieht, ist als contra bonos mores nichtig, wenn nicht glaubhafte Gerüchte den Mandanten zu der Annahme veranlassen mußten, daß sein Erblasser bereits bei der Ertheilung des Auftrags gestorben sei.[1]

2) Der Auftrag zum Antritt oder zur Repudiation der Erbschaft enthält nur das eine Requisit dieser Geschäfte: den dazu erforderlichen Willen des Delaten; das andere, die Erklärung dieses Willens, kommt erst durch die Ausführung des Auftrags zur Existenz. Es liegt nicht schon in dem Auftrag auch die Erklärung des aufgetragenen Geschäfts durch den Mandanten selbst,[2] dies soll vielmehr nach seiner Absicht erst durch die Erklärung des Mandatars entstehen.[3] In der Zwischenzeit ist daher der Antritt oder die Repudiation ein negotium imperfectum ohne jede rechtliche Wirkung, weil nur das eine Erforderniß, der Wille, existirt. Deshalb muß der Delat diesen Willen aufrecht erhalten und aufrecht erhalten können, bis das andere Erforderniß, die Erklärung des Mandatars, hinzugekommen und dadurch das Geschäft ein negotium perfectum geworden ist.[4] Durch seinen Widerruf, durch seinen Tod und durch den Verlust der Dispositionsfähigkeit geht der Wille unter.[5] Die jetzt eintretende Erklärung des An-

---

[1] l. 25 § 6 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[2] Gegen Mühlenbruch a. a. O. S. 409, der dies irrthümlich annimmt, vgl. Leist, Bonor. Poss. II. 2. S. 326.

[3] Natürlich kann der Delat auch dem Mandatar erklären, daß er antrete (§ 6 Seite 95) und ihn dann mit Handlungen in Bezug auf die bereits erworbene Erbschaft beauftragen. Ob ein Mandat des Erben vorliegt, oder aber des Delaten, nach welchem jene Handlungen zum Zweck der pro herede gestio vom Mandatar vorgenommen werden sollen, ist im einzelnen Fall aus den Umständen zu ermitteln.

[4] Vgl. Koeppen, der obligator. Vertrag unter Abwesenden S. 92 ff. u. in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 230 ff.

[5] l. 25 § 13 D. de A. v. O. H. (29. 2). Plane si sic mandavit, „si qua ex testamento Lucii Titii deferatur hereditas"; potest defendi iussu adiisse. § 14. Sed si posteaquam iussit, poenitentiam egit priusquam adiret, nihil agit adeundo. l. 47 D. eod. Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, priusquam ille adiret, furiosus est factus; negavit recte servum aditurum, quoniam non nisi voluntate domini acquiri hereditas potest, furiosi autem voluntas nulla est. l. 50. D. eod. Si per epis-

tritts oder der Repudiation durch den Mandatarius ist deshalb in der That die Erklärung eines Negotiorum Gestors, die unwirksam wird, wenn der Delat nicht ratihabiren will, oder nicht ratihabiren kann, weil er dispositionsunfähig geworden[1] oder gestorben ist.[2] Diese Erklärung wird aber nicht durch Widerruf, Tod oder Verlust der Dispositionsfähigkeit in der Person des Gestors aufgehoben,[3] denn sie bildet kein negotium imperfectum ohne rechtliche Wirkung, obwohl auch sie nur Ein Erforderniß des beabsichtigten Geschäfts ist: die dem Willen vorausgehende Erklärung. Sie ist gleichwohl im Interesse des dominus negotii[4] ein fertiges Rechtsgeschäft, aus welchem für diesen ein bedingtes Rechtsverhältniß entsteht, ein bedingter Rechtserwerb oder ein bedingter Rechtsverlust: aus dem Antritt der Erwerb der Erbschaft, aus der Repudiation der Verlust der Erbberechtigung unter der Bedingung der Ratihabition.[5]

---

tolam servo pupilli tutor hereditatem adire iusserit, si post subscriptam epistolam tutor moriatur, antequam ex epistola servus adiret, nemo dicturus est obligari postea pupillum hereditati. Dem iussus steht das Mandat gleich, l. 1 § 3 D. quod iussu (15. 4).

[1] l. 48 D. de A. v. O. H. (29. 2). Si quis alicui mandaverit, ut, „si aestimaverit", peteret sibi bonorum possessionem et, postquam ille petit, furere coeperit, nihilominus acquisita est ei bonorum possessio. Quodsi antequam ille petat, is qui mandavit petendum furere coeperit, dicendum est, non statim ei acquisitam bonorum possessionem; igitur bonorum possessionis petitio ratihabitione debet confirmari. Von dem ersten Fall dieser Stelle spricht auch l. 16 D. de b. p. (37. 1). Vgl. l. 5 § 1 D. quis ordo in poss. serv. (38. 15.)

[2] l. 3 § 7 D. de b. p. (37. 1) . . . si ante decessero quam ratum habeam, nulla dubitatio est quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat ius bonorum possessionis.

[3] l. 24 § 1 D. rat. rem. hab. (46. 8).

[4] Vgl. Koeppen a. a. O. S. 81 Note 179 u. in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 219.

[5] Hiernach beantwortet sich die bestrittene Frage, ob das Recht zur Ratihabition vererblich sei, die z. B. von Buchka, Lehre von d. Stellvertr. S. 211 schlechthin verneint, von Seuffert, Lehre von d. Ratih. S. 27 schlechthin bejaht wird: es kommt, wie bei allen bedingten Rechtsverhältnissen, lediglich die Vererblichkeit des Rechtsverhältnisses in Betracht, welches von der Bedingung der Raithabition abhängig ist. Der Erbe des

3) Der Auftrag, den Antritt oder die Repudiation zu erklären, steht lediglich unter den Vorschriften des Mandats. Er ist deshalb bis zur Ausführung widerruflich,[1] kann unter Vorbehalten, insbesondere unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen[2], und schon während der Ungewißheit der Delation auf die Zeit der Gewißheit gegeben werden.[3] Im Moment des Mandats bedarf es dieser Gewißheit nur, wenn dasselbe sofort zur Ausführung kommen soll.[4]

4) Die Erklärung des Antritts oder der Repudiation durch den Mandatarius steht unter den Grundsätzen über die Ausübung der Erbberechtigung, die durch diese Erklärung bewirkt werden soll. Sie ist deshalb unwiderruflich; und sie ist ungültig, wenn sie unter Vorbehalten, namentlich unter Hinzufügung einer conditio oder eines dies, gemacht wird,[5] wenn sie zu einer Zeit erfolgt, wo es noch an der erforderlichen Gewißheit über die Delation fehlt,[6] und wegen Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung.[7]

Diese Vorschriften über die Ausübung der Erbberechtigung durch einen Negotiorum Gestor und Mandatarius haben ihre Geltung im gemeinen Recht behalten. Im Uebrigen sind aber die römischen Grundsätze der Stellvertretung vielfach durch deutschrechtliche Principien außer Anwendung gesetzt worden. Um das heutige Recht darzulegen, handeln die folgenden Paragraphen von

---

Delaten kann deshalb die für ihn agnoscirte b. p. nicht ratihabiren: cum ad eum non transeat ius bonorum possessionis, l. 3 § 7 D. de b. p. (37. 1), l. 7 D. rat. rem. hab. (46. 8), Koeppen a. a. O. Note 206.

[1] l. 12 § 16, l. 15 D. mand (17. 1).

[2] l. 1 § 3 D. mand. (17. 1). l. 25 § 9. 10 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... „si expedit adire adito“; „si putas expedire adire adito“ ... „si arbitrio Lucii Titii“ .. l. 48 D. eod. ... „si aestimaverit.“

[3] l. 25 § 13 D. eod. si sic mandavit, „si qua ex testamento Lucii Titii deferatur hereditas.“

[4] l. 93 pr. D. eod.

[5] Vgl. § 7 Seite 102.

[6] Vgl. § 9.

[7] Vgl. § 8. Der Irrthum des Mandanten bleibt aber ohne Einfluß, wenn er ihn nicht in Nachtheil bringt, also namentlich auch dann, wenn er vom Mandatarius rectificirt ist, l. 3 pr. l. 5 § 2. 5 D. mand. (17. 1), l. 25 § 11 D. de A. v. O. H. (29. 2). Vgl. § 8 S. 105.

der Ausübung der Erbberechtigung durch den Paterfamilias des Delaten (§ 11), durch seinen Vormund (§ 12. 13), durch den Curator eines Abwesenden oder Verschollenen (§ 14) und durch die Vertreter einer juristischen Person (§ 15).

b. Durch den Paterfamilias des Delaten.*

§ 11.

Für die Erbberechtigung eines Hauskindes gelten heute verschiedene Vorschriften, je nachdem es minderjährig oder großjährig ist.

I. Das minderjährige Hauskind steht nach allgemeiner Rechtsansicht und feststehender Praxis, die ihre Quelle in den Grundsätzen des deutschen Mundiums haben, unter väterlicher Vormundschaft. Auf Grund derselben kann der Vater alle Rechtsgeschäfte für seine minorennen Hauskinder, sie mögen willensfähig oder willensunfähig sein, so vornehmen, daß sich die Stellvertretung auf den zum Geschäft erforderlichen Willen erstreckt; und das willensfähige Hauskind selbst kann Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte nur mit vorgängigem Consense oder nachfolgender Ratihabition des Vaters wirksam abschließen.[1] Bei

---

* Vgl. v. Löhr, Arch. für civil. Pr. Bd. 2 S. 195 ff., Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 39 S. 229 ff., Bd. 42 S. 443 ff., Leist, Bonor. Poss. II. S. 313 ff. und Forts. von Glück's Comment. II S. 168, III S. 1 ff., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub II a. 2. 1.

[1] Kraut, die Vormundschaft Bd. 2 S. 618 ff., v. Gerber, Deutsch. Privatr. § 242 Note 5. Die Unwirksamkeit, die der mangelnde Consens des Vaters nach sich zieht, ist keine Nichtigkeit. Sie besteht nur darin, daß das Rechtsverhältniß — der Rechtserwerb, der Rechtsverlust oder die Verpflichtung —, auf welches das Rechtsgeschäft gerichtet ist, nicht pure, sondern als ein bedingtes entsteht, nämlich unter der Bedingung der Ratihabition. Deshalb wird diese Unwirksamkeit auch bei Verträgen durch die einseitige Ratihabition gehoben, und das Recht der Ratihabition ist vererblich, wenn das zu ratihabirende Rechtsverhältniß vererblich ist, vgl. § 10 S. 120 Note 5. Dispositionsunfähigkeit ist niemals ein Nichtigkeitsgrund. Es wird z. B. in c. 3 C. de i. i. r. min. (2. 22) von einem Kaufvertrage, den ein minor ohne Consens seines Curators schließt, nicht gesagt, daß er

der Delation einer Erbschaft an ein minderjähriges Hauskind entscheidet demgemäß ohne Rücksicht auf dessen Willen der Vater allein, ob sie angetreten oder repudiirt werden soll, und der Antritt wie die Repudiation des Hauskindes ohne Zustimmung des Vaters bleiben wirkungslos.[1]

Durch diese deutschrechtlichen Principien sind die Vorschriften des Justinianischen Rechts, welche dem Vater nur die Vertretung willensunfähiger Hauskinder bei der Ausübung einer Erbberechtigung gestatten,[2] auf die minderjährigen Hauskinder ausgedehnt. Tritt der Vater die Erbschaft für das Hauskind an, so wird sie bonum adventicium regulare, und repudiirt er die Erbschaft, so repudiirt er zugleich für sich den ususfructus paternus. Das Hauskind kann aber gegen den Antritt und gegen die Repudiation des Vaters i. i. r. fordern, wenn es großjährig geworden oder von der väterlichen Gewalt befreit ist. Erfolgt die Restitution gegen die Repudiation, so erhält das Hauskind die Erbschaft als bonum adventicium irregulare, weil der Vater auch für sich repudiirt hat und nur das Hauskind restituirt wird; ist aber die Restitution gegen den Antritt ertheilt, so wird im Interesse der Erbschaftsgläubiger der Vater der Erbe; er erklärt also den Antritt auf seine Gefahr. Dabei hat es dann aber sein Bewenden. Eine Restitution gegen die Restitution wird dem Hauskinde nicht

---

nichtig sei, sondern: hunc contractum servari non oportet d. h. er braucht nicht aufrecht erhalten zu werden, weil die Ratihabition verweigert werden kann. Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts tritt nach röm. Recht nur aus drei Gründen ein: wegen Handlungsunfähigkeit, Mangel der vorgeschriebenen Form und Gesetzwidrigkeit des Geschäfts, § 8—10 I. de inut. stip. (3. 19), l. 5 D. de R. I. (50. 17). Koeppen, Oblig. Vertr. u. Abw. S. 20 ff., 81, 251 u. in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 158, 219, 380.

[1] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 272. 273, Bd. 7 Nr. 69. 197, Bd. 13 Nr. 241, Bd. 15 Nr. 113. Vgl. Strippelmann, Entsch. d. O. A. G. zu Cassel Bd. 5 S. 131. 590.

[2] c. 8 § 6 C. de bon. quae lib. (6. 61), c. 18 pr. C. de iure delib. (6. 30). Ueber das röm. Recht für die willensfähigen Hauskinder vgl. die § 10 S. 117 Note 4 citirten Stellen. Manche Juristen wollen über dasselbe auch heute nicht hinausgehen, z. B. Windscheid, Pand. § 596 sub 3 a. E. und Note 19 sub 2. S. darüber § 12 S. 125 Note 6 a. E.

ertheilt: sonst würden die erbschaftlichen Verhältnisse fortwährenden Schwankungen ausgesetzt sein.[1]

II. Auf die Erbberechtigung eines großjährigen Hauskindes kommen heute die Vorschriften zur Anwendung, welche nach Justinianischem Recht für die willensfähigen Hauskinder ohne Rücksicht auf ihr Alter Geltung haben. Nach ihnen muß das großjährige Hauskind selbst die Wahl zwischen dem Antritt und der Repudiation der Erbschaft treffen. Es kann dies nicht durch den Vater als Stellvertreter geschehen, obwohl er dabei interessirt ist, weil ihm an Erbschaften, die das Hauskind erwirbt, nach Rechtsvorschrift der Nießbrauch deferirt wird. Dieses Interesse ist für den Fall, daß der Vater und das Hauskind über den Erwerb der deferirten Erbschaft verschiedener Meinung sind, durch folgende Bestimmungen geschützt: repudiirt das Hauskind, so wird dem Vater, der den Nießbrauch nicht aufgeben will, die Erbschaft deferirt, damit er sie für sich erwerben kann; ist dagegen der Vater für die Repudiation, das Hauskind aber für den Antritt, so erhält dieses die Erbschaft frei vom usufructus paternus als bonum adventicium irregulare. Nur wenn sich beide für den Antritt erklären, wird die Erbschaft bonum adventicium regulare. Stirbt das Hauskind während der Delation, so ist jeder Erwerb für den Vater ausgeschlossen. Der Erwerb des Nießbrauchs setzt den Antritt, der Erwerb der Erbschaft selbst die Repudiation des Hauskindes voraus.[2]

Eine besondere Vorschrift gilt für den Fall, wo einem Haussohne eine Erbschaft ex occasione castrensi d. i. von Kriegskameraden deferirt ist: hier hat der Vater kein Recht auf den Nießbrauch, es wird ihm aber gleichwohl auch diese Erbschaft deferirt, wenn das Hauskind sie ausschlägt.[3]

---

[1] c. 8 § 6 C. de bon. quae lib. (6. 61).
[2] c. 8 pr. § 1. 3 C. eod.
[3] c. 8 § 2 C. eod.

c. Durch den Vormund des Pflegers.

a. Minderjährige und Verschwender.*

§ 12.

I. Minderjährige, die unter Altersvormundschaft stehen, bedürfen zur wirksamen Abschließung von Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäften der vorgängigen Zustimmung oder der Ratihabition ihres Vormunds, insbesondere also auch zum Antritt und zur Repudiation einer Erbschaft.[1] Nach einheimischem Recht kann aber auch der Vormund statt des Mündels handeln.[2] Durch deutsche Gewohnheit ist bei den Minderjährigen, soweit es sich um die Repräsentationsbefugniß ihres Vormunds handelt, jeder Unterschied zwischen infantes, impuberes und puberes minores weggefallen.[3] Deshalb hat heute der Mündel, gleichviel auf welcher Altersstufe er steht, in seinem Vormund einen Vertreter, der für ihn ohne sein Wissen und Wollen alle Rechtsgeschäfte vornehmen kann. Bei Erbschaften, die dem Mündel deferirt werden, ist daher der römische Satz, nach welchem der impubes und der pubes minor selbst den zum Antritt und zur Repudiation erforderlichen Willen fassen müssen,[4] durch das einheimische Recht aufgehoben; es tritt die Vertretung durch den Vormund, welche das römische Recht nur für den willensunfähigen Mündel zugelassen hat,[5] heute überall ein.[6] Der Vormund entscheidet über den Antritt oder die

---

* Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 42 S. 430 ff., Leist, Bonor. Poss. II. 2 S. 313 ff. und Forts. von Glück's Comment. III. S. 19. 68, Keller, Pandektenvorl. § 530, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub IIa. 2.

[1] c. 26 C. de adm. tut. (5. 37). In c. 12 C. de iure delib. (6. 30) ist für den Fall, daß der pubes einen Curator hat, § 2 I. de curat. (1. 23), der consensus curatoris zu subintelligiren.

[2] v. Gerber, Deutsch. Privatr. § 244 Note 6.

[3] Rudorff, Vormundsch. Bd. 1 § 15. Kraut, Vormundsch. Bd. 2 § 52. v. Gerber a. a. O. Note 4. Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 241.

[4] Vgl. § 10 Seite 117.

[5] Vgl. § 10 Note 1.

[6] Kraut a. a. O. Bd. 2 S. 115, Heise u. Cropp, Jurist. Abhandl. Bd. 2 S. 167 ff., Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 3 S. 459 ff.,

Repudiation ohne Mitwirkung des Mündels, die Repudiation bedarf aber eines Alienationsdecrets der Obervormundschaft.[1]

Gegen eine nachtheilige Vertretung des Vormunds hat der Mündel zu seinem Schutze die actio tutelae und das Rechtsmittel der i. i. r. propter minorem aetatem.[2]

II. Für die Erbberechtigung eines Verschwenders haben die Vorschriften des römischen Rechts unverändert ihre Geltung behalten. Weil er handlungsfähig ist, kann und muß er selbst die Erbschaft antreten oder repudiiren;[3] sein Curator kann ihn in dem dazu erforderlichen Willen nicht vertreten.[4] Aber die Wirksamkeit seines Antritts und seiner Repudiation setzt, da er dispositionsunfähig ist, den Consens des Curators voraus.[5]

Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 197, Bd. 9 Nr. 311, Bd. 13 Nr. 100, Bd. 15 Nr. 113, Bd. 18 Nr. 148 Vgl. Blätter für Rechtsanw. in Bayern Bd. 11 S. 138, Bd. 14 S. 97 ff. — Es giebt Juristen, welche sich gegen diese Repräsentationsbefugniß des Vormunds erklären und dieselbe auch dem Vater minderjährigen Hauskindern gegenüber (§ 11 S. 123 Note 2) nicht eingeräumt wissen wollen; sie bleiben bei den röm. Bestimmungen stehen, weil diese, wie sie meinen, „weniger auf eine Abneigung gegen die Stellvertretung ..., als auf einer Abneigung gegen die Anerkennung eines Erbschaftsantrits ohne eigene Willensbestimmung des Berufenen beruhen, also auf einem Grunde, welcher von der eigenthümlichen Natur gerade dieser besonderen Rechtshandlung hergenommen ist", Windscheid, Pand. § 596 a. E. Auch in meinem System § 11 Note 6 ist die Ansicht ausgesprochen, daß nach dem Wesen der Erbberechtigung die Wahl zu der sie ermächtigt, eine electio personalis sei. In Wahrheit läßt sich dies aus den Bestimmungen des römischen Rechts nicht entnehmen; in denselben sind nur die römischen Principien über die Stellvertretung mit ihren successiven Modificationen zur Anwendung gebracht; vgl. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclop. S. 438, Leist in d. Fortf. von Glück's Comment. III. S. 74 ff.

[1] Vgl. § 4 S. 86 Note 1.

[2] l. 11 D. de auct. et cons. tut. v. cur. (26. 8), l. 11 D. de b. p. (37. 1), l. 39 § 3 D. de adm. (26. 7), c. 3 C. si tut. v. cur. int. (2. 25).

[3] l. 5 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2) Eum, cui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat. Hier ist wie in c. 12 C. de iure delib. (6. 30) der consensus curatoris zu subintelligiren, c. 3 C. de i. i. r. min. (2. 22).

[4] l. 90 D. eod. Per curatorem hereditatem aequiri non posse.

[5] l. 6 D. de V. O. (45. 1), l. 10 pr. D. de cur. fur. (27. 10) ... cum iis deminutio sit interdicta. l. 40 D. de R. I. (50. 17) ... eius,

β. Wahnsinnige und s. g. Preßhafte.*

§ 13.

Stehen wahnsinnige oder s. g. preßhafte Personen, denen wegen Taubheit, Stummheit, Blindheit oder sonstiger Gebrechen die Handlungsfähigkeit fehlt, (qui intellectu carent)[1] unter väterlicher Gewalt oder unter Altersvormundschaft,[2] so kommen auf die ihnen deferirten Erbschaften die Grundsätze über die Erbberechtigung der Hauskinder bezw. der Minderjährigen zur Anwendung.[3]

Haben aber solche Personen, weil sie sui iuris und großjährig sind, blos wegen jener Gebrechen einen Curator, so gelten heute nach der herrschenden Doctrin und Praxis unverändert die Vorschriften des römischen Rechts.[4]

---

cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 432, v. Savigny, System Bd. 3 S. 89 Note, Leist, Fortf. von Glück's Comment. III. S. 68. Nach der Ansicht mancher Juristen bedarf der prodigus des consensus curatoris nicht, weil die Eigenschaft, wegen deren Verschwender interdicirt werden, gerade bei der Entscheidung über Antritt oder Nichtantritt einer Erbschaft geringere Gefahr darbiete, Windscheid, Pand. § 596 Note 4, Sintenis a. a. O. Anm. 11 a. E. Diese Erwägung trifft wohl nicht zu: ein leichtsinniger Erbschaftsantritt schließt die Gefahr einer deminutio bonorum in sich, gegen welche die interdictio gerichtet ist.

* Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 42 S. 415 ff., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 183 sub II a. 3. 4, v. Bangerow, Arch. f. civil. Pr. Bd. 30 S. 1 ff., Fritz, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 4 S. 157 ff., v. Löhr, ebenda S. 252 u. Arch. f. civil. Pr. Bd. 5 S. 116 ff., Leist, Bonor. Poss. II. 2 S. 315 ff. und Fortf. von Glück's Comment. III. S. 51. 54. 69.

[1] l. 93 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 2 D. de b. p. fur. (37. 3). § 7 i. f. I. de hered. qual. (2. 19), l. 67 § 3 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[2] c. 7 pr. C. de curat. fur. (5. 70), l. 3 pr. § 1 D. tut. (26. 1).

[3] Vgl. § 11 u. 12. Kraut, Vormundsch. Bd. 2 § 103 ff., Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 197, Bd. 15 Nr. 113. 233.

[4] Vgl. die citirten Schriftsteller und Böhmer, Auserl. Rechtsfälle Bd. 2 S. 298, Heise und Cropp, Jurist. Abh. Bd. 2 S. 173, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 307, Bd. 7 Nr. 69, Bd. 17 Nr. 62. 67, Bd. 29 Nr. 250, Bd. 36 Nr. 204. Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 3 S. 459 ff., Heuser, Annal. Bd. 11 S. 309 ff.

Nach ihnen kann der Curator nicht für seinen Curanden die Wahl zwischen Antritt und Repudiation treffen, sondern nur den provisorischen Besitz der Erbschaft für ihn erbitten. Dabei ist es einerlei ob der furiosus — und ihm stehen die preßhaften Personen gleich — als heres directus oder durch Universalvermächtniß als heres indirectus berufen ist. Nach der Besitzeinweisung muß der Curator ein Inventarium über die Erbschaft errichten und sie mit dem übrigen Vermögen des Delaten gemeinschaftlich verwalten.[1]

Wird der furiosus wieder gesund oder tritt für ihn ein lucidum intervallum ein, so kann er jetzt selbst die Erbschaft antreten oder repudiiren.[2] Repudiirt er, oder stirbt er im Wahnsinn, so kommt die ihm reservirte Erbschaft nun an die bisher durch ihn ausgeschlossenen Personen: also beispielsweise, wenn er alleiniger Testamentserbe war, zunächst an seine Substituten, dann an die nächsten Intestaterben des Erblassers und schließlich an den Fiscus.[3]

---

[1] c. 7 § 3. 7 C. de cur. fur. (5. 70). l. 1 i. f. D. de b. p. fur. (37. 3). c. 7 pr. C. ad SC. Treb. (6. 49); v. Bangerow a. a. O. nimmt auf Grund des röm. Rechts einen definitiven Erwerb der Erbschaft durch den curator furiosi an, aber einen solchen, der wieder aufhört, wenn der furiosus im Wahnsinn stirbt oder nach erfolgter Genesung repudiirt. Diese Ansicht hat keine Anhänger gefunden und ist überzeugend widerlegt von Fritz a. a. O., u. v. Löhr a. a. O. Eine andere Frage ist die, ob nicht nach den deutschrechtlichen Principien der Vormundschaft heute dem Curator wahnsinniger und s. g. preßhafter Personen dieselbe Repräsentationsbefugniß einzuräumen ist, wie dem Vormund der Minderjährigen (§ 12). Diese Ansicht ist bereits in der Doctrin und Praxis geltend gemacht, aber wohl mit Recht ohne Erfolg, vgl. mein System § 14 a. E. u. Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 250, Bd. 36 Nr. 204. Es kommt in Betracht daß Wahnsinnige nicht wirthschaften und keine ihren Verhältnissen entsprechenden letztwilligen Verfügungen treffen können. Deshalb rechtfertigt es sich, ihnen bei Erbschaften, die ihnen nicht ipso iure zufallen, nur den Besitz und Genuß zu sichern, den Erwerb aber von ihrer Genesung abhängig zu machen, und eventuell für die angemessene Vererbung ihres anderweitigen Vermögens durch die Quasipupillarsubstitution Aushülfe zu schaffen. — Ueber das bestrittene Recht zur Zeit der röm. Juristen vgl. mein System S. 415 ff., Leist, a. a. O. III. S. 48 ff.

[2] c. 7 § 7 C. de cur. fur. (5. 70), c. 6 C. eod.

[3] Dieses Beispiel und das Princip, welches demselben zu Grunde liegt, enthält c. 7 § 8 C. h. t. Gleichwohl wird die Ansicht vertreten, diese Constitution schließe die Accrescenz für die Miterben des furiosus aus;

Hatte er aber Miterben, so gelten für seine Erbportion, damit sie nicht vacant und Gegenstand des Concurses werden kann, die Principien des Accrescenzrechts, er mag als testamentarischer oder als gesetzlicher Erbe berufen sein (§ 29). An die Personen, welche hiernach an seine Stelle treten, muß der Curator die Erbschaft herausgeben, aber ohne Ersatz der Alimente. Ursprünglich hatte er ihnen bei der Besitzeinweisung cautio de restituendo zu bestellen; diese Caution ist aber von Justinian aufgehoben worden.[1]

Ist der furiosus ein heres suus, so erwirbt er die Erbschaft ipso iure, aber mit dem beneficium abstinendi.[2] Auch das ihm aus diesem beneficium zustehende Wahlrecht, die Erbschaft zu behalten oder ihren Erwerb rückgängig zu machen, kann nicht von seinem Curator, sondern nur, wenn er sanae mentis wird, von ihm selbst ausgeübt werden. Bei seinem Tode geht aber dieses Wahlrecht nicht wie die Erbberechtigung aus der Delation unter, sondern auf seine Erben über.[3]

Der definitive Erwerb der Erbschaft durch den Curator ist nur in Einem Falle zugelassen: wenn dem furiosus ein Universalvermächtniß auferlegt ist. Hier kann der Curator die Erbschaft soweit definitiv antreten, als sie an den heres fideicommissarius herausgegeben werden soll, aber nicht darüber hinaus.[4] Namentlich kann er auch nicht die dem furiosus deferirte Quarta Trebelliana agnosciren, sondern nur den provisorischen Besitz derselben

v. Vangerow a. a. O. der beim Tode des furiosus oder wenn er repudiirt die Vacanz einer schon erworbenen Erbschaft annimmt, zieht daraus die Consequenz, daß sie den Miterben des furiosus nicht accresciren könne, und daß man sich daher streng an die Worte Justinian's in c. 7 § 8 cit. halten müsse, in denen nach den Substituten, ohne der Miterben zu gedenken, sofort die Intestaterben als die Personen bezeichnet würden, an welche die weitere Delation der Erbschaft gelange. Vgl. dagegen Seuffert, Arch. Bd. 36 Nr. 204 Abs. 2.

[1] c. 7 § 4. 8 C. h. t.

[2] c. 7 § 2 C h. t., l. 63 D. de A. v. O. H. (29. 2), § 3 I. de hered. quae ab int. (3. 1).

[3] l. 7 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), c. 19 pr. C. de iure delib. (6. 30).

[4] l. 36 D. ad SC. Treb. (36. 1), c. 7 pr. C. h. t. (6. 49).

erbitten.[1] Sein Recht auf diese ist eine vererbliche Delation, welche die Natur eines Vermächtnisses hat.[2] Deshalb steht es unter denselben Vorschriften wie die Vermächtnisse. Diese können auch nur vom furiosus selbst nach seiner Genesung agnoscirt oder repudiirt werden; sein Curator kann sie, wie die Erbschaften, blos provisorisch erwerben. Stirbt der furiosus ohne gesund zu werden, so werden die Vermächtnisse wegen der Vererblichkeit der Delation zwar Bestandtheile seiner Erbschaft, aber über ihren definitiven Erwerb hat der Erbe noch zu entscheiden.[3]

d. Durch den Curator eines abwesenden oder verschollenen Delaten.*

§ 14.

I. Ein Abwesender, dem eine Erbschaft deferirt wird, muß, wenn er nicht unter väterlicher oder Altersvormundschaft steht,[1] selbst entscheiden, ob sie angetreten oder repudiirt werden soll; nur die Erklärung des Antritts oder der Repudiation kann er durch einen Specialmandatar machen lassen. Der Antritt und die Repudiation seines zurückgelassenen Generalmandatars be-

---

[1] Vgl. Sintenis a. a. O. Note 11, A. M. Mühlenbruch a. a. O. S. 457 ff.

[2] Es zählt zu den res, quae extra nostrum patrimonium habentur (§ 1 Seite 29); deshalb ist der Verzicht auf dieses Recht ebensowenig eine alienatio in fraudem creditorum, wie die Repudiation einer Erbschaft und eines Vermächtnisses, l. 6 pr. § 4 D. quae in fraud. cred. (42. 8), l. 19. 20 D. eod. Vgl. meine Abhandl.: Zur Lehre vom Erw. d. Erbsch. u. d. Verm. in d. Jahrb. für Dogm. Bd. 5 S. 218,

[3] c. 7 § 9 C. de cur. fur, (5. 70). Vgl. meine Abh. a. a. O. S. 199.

* Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 42 S. 462 ff., Heise u. Cropp, Jurist. Abh. Bd. 2 S. 142 ff., Pfeiffer, Prakt. Ausführ. Bd. 2 Nr. V, Bd. 4 S. 360 ff., Kraut, die Vormundsch. Bd. 2 § 62—66, Schäffer, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 5 S. 397 ff., Bruns in Bekker's und Muthers Jahrb. des gem. deutsch. R. Bd. 1. S. 90 ff., Blätter f. Rechtsanw. in Bayern Bd. 16 S. 209 u. 225, Bd. 19 S. 17. 33. 49, Bd. 26 S. 17. 33. 49. Vgl. auch § 1 S. 40, § 2 S. 56 und mein System § 15.

[1] Vgl. § 11 und 12.

dürfen zu ihrer Wirksamkeit seiner Ratihabition.[1] Ebenso der Antritt und die Repudiation des ex officio für das zurückgelassene Vermögen bestellten curator absentis,[2] der wie jeder curator bonorum nur custodia keine administratio rerum hat.[3] Beide können für den abwesenden Delaten nur den provisorischen Besitz der Erbschaft erbitten, dessen Ertheilung dem richterlichen Ermessen unterliegt.[4]

Ist kein Curator bestellt, weil kein Vermögen zurückgelassen ist, so muß für die Erbschaft, welche einem Abwesenden anfällt, eine cura hereditatis iacentis angeordnet werden, bis er sich auf Benachrichtigung über den Antritt erklärt.[5]

Stirbt der abwesende Delat ohne Kenntniß von der Delation, so haben die Erben aus seiner Person propter absentiam Anspruch auf Restitution der Erbberechtigung, wie wenn sie schon der Delat selbst wegen Abwesenheit, nicht erst durch seinen Tod verloren hätte.[6] Diese Restitution zählt zu den s. g. Transmissionsfällen ex capite in integrum restitutionis.[7]

II. Wird es ungewiß, ob der Abwesende noch lebt, weil seit längerer Zeit alle Nachrichten über ihn ausgeblieben sind, so geht die Abwesenheit in Verschollenheit über. Für diesen Fall gelten heute folgende Grundsätze des Verschollenheitsrechts, welches sich in der Theorie und Praxis ausgebildet hat.[8]

---

[1] Vgl. § 10 S. 118.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 185. 346, Bd. 27 Nr. 145.

[3] l. 15 pr. D. ex quib. caus. (4. 6), l. 1. § 4 D. de muner. (50. 4) l. 48 D. de adm. (26. 7). Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 156. I, Blätter f. Rechtsanw. Bd. 16 S. 212 ff.

[4] l. 7 pr. D. de b. p. (37. 1). Bruns a. a. O. S. 117 ff.

[5] l. 8. 9 pr. D. quib. ex caus. (42. 4). Sintenis a. a. O. § 156 III.

[6] l. 86 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 30 pr. D. eod.

[7] S. § 24.

[8] Ueber die historische Entwicklung desselben vgl. Bruns a. a. O. Die nachfolgende Darstellung enthält das Verschollenheitsrecht in der Gestalt, die es in den beiden vorigen Jahrhunderten angenommen hat, mit einer Modification, deren Quelle die Praxis des gegenwärtigen Jahrhunderts ist. Die heutige Theorie und Praxis ist dem überlieferten Recht fast durchgängig untreu geworden, man hat das Verschollenheitsrecht nach eigenen Gesichts-

Die präsumtiven Erben können die gerichtliche Edictalcitation des Verschollenen und, wenn diese erfolglos bleibt, die s. g. Verschollenheitserklärung beantragen. Mit der Verschollenheitserklärung hört die bisherige römische cura absentis auf. An Stelle derselben erhalten die präsumtiven Erben eine eigenthümliche deutschrechtliche Cura. Auf Grund derselben können sie verlangen, daß ihnen das zurückgelassene Vermögen des Verschollenen zur freien Verwaltung überlassen wird gegen cautio restituendo für den Fall seiner Rückkehr.[1]

Nach der richterlichen Verschollenheitserklärung tritt folgende Todespräsumtion ein: es wird vermuthet, daß der Verschollene nicht länger lebt, als bis zu seinem einundsiebenzigsten Geburtstag.[2] Diese Rechtsvermuthung erhält nach nochmaliger Edictalcitation ihre Bestätigung durch die richterliche Todeserklärung, erfährt aber eine verschiedene Anwendung, je nachdem es sich um die eigene Beerbung des Verschollenen, oder um die Frage handelt, ob ihm selbst noch gewisse Erbschaften oder Vermächtnisse angefallen sind.

Im ersten Fall liegt in der Todespräsumtion zugleich eine Lebenspräsumtion: es wird vermuthet, daß der Verschollene bis zu seinem 71. Geburtstage gelebt hat. Im zweiten Fall dagegen, der hier in Rede steht, liegt in der Todespräsumtion keine Lebenspräsumtion: es wird nur präsumirt, daß der Verschollene nicht länger als bis zum 71. Geburtstage, aber nicht, daß er bis dahin gelebt hat. Sonst würden die fraglichen Erbschaften oder Vermächtnisse den wirklich Berechtigten zu Gunsten eines Verschollenen entzogen werden, von dem man mit Grund annehmen muß, daß er zur Zeit der Delation bereits todt war. Die Erfahrung lehrt, daß bei den heutigen Communicationsmitteln Edictalcitationen einen Abwesenden in den entferntesten Himmelsstrichen erreichen, und daß

---

punkten und Argumentationen zu gestalten versucht und in Folge dessen Grundsätze über dasselbe aufgestellt, die wesentlich von einander abweichen.

[1] Bruns a. a. O. S. 157 ff., Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 45, Bd. 11 Nr. 257. 258.; vgl. auch § 2 S. 56. Von manchen Juristen und Gerichten wird diese deutschrechtliche Cura ganz ignorirt, Glück, Comment. Bd. 33 S. 291, Schäffer, a. a. O. S. 419, Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 31, Bd. 9 Nr. 254.

[2] Vgl. § 1 S. 40 Note 1 a. E.

er sich meldet, wo sein Interesse ihn dazu antreiben muß. Haben sie diesen Erfolg nicht, so läßt sich darauf wohl die Vermuthung stützen, daß er todt ist, aber nicht daß er demungeachtet noch bis zum vollendeten siebzigsten Jahre gelebt hat. Deshalb können Erbschaften und Vermächtnisse, zu welchen der Verschollene bis zu seinem 71. Geburtstage berufen wird, nicht auf Grund der deutschrechtlichen Cura von seinen präsumtiven Erben als Stellvertreter agnoscirt oder repudiirt werden.[1] Sie haben nur das Recht, durch Edictalcitation dafür Sorge zu tragen, daß der Verschollene Kenntniß von der Delation erhält, damit er selbst die Entscheidung über den Erwerb der Erbschaft trifft. Diese Edictalcitation darf aber nicht unter dem Präjudiz der Repudiation erlassen werden, sondern nur unter dem Präjudiz: es werde bei der Vertheilung der Erbschaft auf den Verschollenen keine Rücksicht genommen werden, wenn er sich nicht bis zum festgesetzten Termin melde. Eine Deliberationsfrist unter dem Präjudiz der Repudiation setzt voraus, daß die Delation dem Delaten bekannt ist.

Führt die Edictalcitation zu der Gewißheit, daß der Verschollene zwar gegenwärtig todt ist, aber die fragliche Delation noch erlebt hat, so geht dieselbe bei Vermächtnissen als eine vererbliche auf seine Erben über, und bei Erbschaften kann die mit dem Tode des Verschollenen untergegangene Delation durch die s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis propter absentiam von seinen Erben in Anspruch genommen werden.

[1] Nach dem Verschollenheitsrecht der beiden vorigen Jahrhunderte waren sie zu dieser Stellvertretung befugt, weil nach demselben die Todespräsumtion auch in dem Fall eine Lebenspräsumtion in sich schließt, wenn es sich um die Frage handelt, ob dem Verschollenen selbst noch gewisse Erbschaften oder Vermächtnisse angefallen sind, Bruns a. a. O. S. 174 ff. An diesem Recht hat auch die heutige Praxis mancher Gerichtshöfe festgehalten, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 298. 346, Bd. 9 Nr. 310, Bd. 23 Nr. 42. Bei andern Gerichtshöfen ist dagegen mit Recht aus den im Text angeführten Erwägungen der Satz adoptirt, daß in dem bezeichneten Fall in der Todespräsumtion keine Lebenspräsumtion liege, und daß demgemäß Delationen von Erbschaften und Vermächtnissen an den Verschollenen vor dem Eintritt der Todespräsumtion von dem bewiesen werden müssen, der aus denselben Rechte für sich ableitet, Heise u. Cropp a. a. O. Nr. IV. V. Pfeiffer a. a. O., Heuser, Annal. Bd. 4 S. 144, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 160, Bd. 9 Nr. 49. 254, Bd. 15 Nr. 200, Bd. 31 Nr. 307.

Bleibt die Edictalcitation des Verschollenen erfolglos, so wird die Erbschaft, zu welcher er berufen wurde, den anderweitigen Erben überlassen und zwar ohne Caution für eventuelle Restitution, weil das Leben des Verschollenen nicht präsumirt wird. Kehrt er später doch zurück, so stehen ihm alle Klagen auf Herausgabe der angefallenen Erbschaften und Vermächtnisse zu, soweit sie nicht verjährt sind.[1]

c. Durch die Vertreter einer juristischen Person.*

§ 15.

Erbfähige[1] juristische Personen agnosciren und repudiiren eine ihnen deferirte Erbschaft auf Grund eines verfassungsmäßigen Beschlusses ihrer Vertreter durch den Actor oder irgend eine andere Person, die mit der Erklärung des Antritts oder der Repudiation beauftragt ist.[2] Wird diese Erklärung versäumt, so liegt schon in dem verfassungsmäßigen Beschluß der Vertreter eine gültige aditio oder repudiatio hereditatis.[3]

Juristische Personen, denen ein Universalfideicommiß auferlegt ist, unterliegen hinsichtlich des Antritts und der Restitution demselben Zwange wie andere Erben;[4] ist ihnen ein solches Vermächtniß zugewandt, so erfolgt die Restitution an ihre Vertreter.[5]

---

[1] Vgl. Blätter f. Rechtsanw. in Bayern Bd. 19 S. 31. 38. 39, Bd. 25 S. 378, Bd. 26 S. 19, S. 34. 38.

* Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 39 S. 423 ff., Leist, Bonor. Poss. II. 2. S. 324 u. Forts. von Glück's Comment. III. S. 71 ff.

[1] Vgl. § 3 S. 66.

[2] l. 3 § 4 D. de b. p. (37. 1), l. 1 § 1 de lib. univ. (38. 3).

[3] Diesen Sinn hat der Schlußsatz der l. 3 § 4 cit.; vgl. Leist a. a. O. III. S. 73.

[4] l. 6 § 4 D. ad S. C. Treb. (36. 1).

[5] l. 1 § 1 D. de lib. univ. (38. 3). — Ueber das Recht der Klöster an Erbschaften, die den Klostergeistlichen deferirt werden, vgl. Hellmann, das Erbrecht der Religiosen S. 86 ff.

4. Zeit der Ausübung.*

§ 16.

Die Erbberechtigung giebt als ein Wahlrecht zwischen Antritt und Repudiation der Erbschaft dem Delaten auch das Recht, die Wahl zu überlegen: das ius deliberandi.[1]

Bei den prätorischen Erberechtigungen (bonorum possessiones), die innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt werden mußten, war das ius deliberandi durch ein gesetzliches tempus deliberandi beschränkt;[2] bei den civilen Erbberechtigungen (hereditates) war dies nicht der Fall.[3] Im heutigen gemeinen Recht, welches nur civile Erbberechtigungen kennt,[4] giebt es deshalb für den Erben keine gesetzliche Deliberationsfrist. Nur in Einem Falle tritt eine von Justinian angeordnete Ausnahme ein:

Der Testamentserbe, gegen den ein übergangener Notherbe die querela inofficiosi testamenti anstellen will,[5] muß sich, je nachdem beide in demselben Obergerichtsbezirk ihr Domicil haben (inter praesentes) oder nicht (inter absentes), innerhalb einer sechsmonatlichen bez. einjährigen Frist seit dem Tode des Erblassers über den Erwerb der Erbschaft erklären unter dem Präjudiz des Antritts.[6]

---

* Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 41 S. 281 ff., Leist, Bonor. Possi. II. 2 S. 319 ff., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 184, Dedekind, das Deliberationsrecht des Erben und die interrogationes in iure faciendae (1870), Ubbelohde, Arch. f. civil. Pr. Bd. 61 S. 56 ff.

[1] § 5 I. de hered. qual. (2. 19).

[2] § 9 I. de b. p. (3. 9), l. 1 pr. D. de succ. ed. (38. 9).

[3] Gaius II. 167.

[4] Vgl. § 3 S. 75 Note 5.

[5] l. 8 § 10 D. de inoff. test. (5. 2) ... ante aditam hereditatem nec nascitur querela ...

[6] c. 36 § 2 C. de inoff. testam. (3. 28) ... sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis scriptum compelli hoc facere. Das hoc facere kann nur auf das adire bezogen werden; das geschieht auch in den Basiliken 39, 1 c. 58, und entspricht allein dem Zweck der Vorschrift, dem Notherben die Anstellung der Querel zu ermöglichen, vgl. Dedekind a. a. O. S. 47, v. Vangerow, Pand. § 478 sub 4 a. E. Andere verstehen jenen Satz dahin: nach Ablauf der Frist

Dies ist die einzige gesetzliche Deliberationsfrist.[1] Es kann aber stets dem Testamentserben durch den Testator und jedem Erben durch den Richter ein tempus deliberandi gesetzt werden.

I. Der Testator, der den instituirten Erben in der Deliberation zeitlich beschränken will, muß die Erbeinsetzung von der Bedingung des Antritts innerhalb einer bestimmten Frist abhängig machen: hier erwirbt er aus der Erbeinsetzung sofort das Wahlrecht zwischen Antritt und Repudiation, aber unter der Resolutivbedingung, daß er die Wahl innerhalb der festgesetzten Frist trifft. Nur wenn sie eine Resolutivbedingung ist, kann die Versäumniß der Frist das Wahlrecht aus der Erbeinsetzung aufheben; die bloße Anordnung, daß der Erbe sich binnen einer Frist über Antritt oder Repudiation der Erbschaft erklären solle, ist ein nudum praeceptum ohne rechtliche Wirkung.[2] In dieser Weise kann dem Delaten nur auf seinen eigenen Antrag durch den Richter eine Deliberationsfrist gesetzt werden. Dabei ist der doppelte Fall möglich, daß der Delat zu diesem Antrage von andern Personen gedrängt (II), oder aus freier Entschließung bestimmt wird (III).

II. Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer sowie Nach- und Miterben haben das Recht, von dem Delaten eine Erklärung über den Antritt oder die Repudiation der Erbschaft zu verlangen;[3]

---

könne der Testamentserbe durch den Richter zu einer Erklärung angehalten werden unter dem Präjudiz der Repudiation. So z. B. Windscheid, Pand. § 598 sub 3 und § 584 Note 12.

[1] Früher nahmen manche Juristen irrthümlich an, Justinian habe eine allgemeine gesetzliche Deliberationsfrist eingeführt. Einige behaupteten auf Grund der c. 19 C. de iure del. (6. 30), diese Frist betrage Ein Jahr, andere auf Grund der c. 22 § 1 C. eod., sie betrage drei Monate, Seuffert, Arch. Bd. 23 Nr. 43. Heute ist es unbestritten, daß beide Stellen nicht von einer Deliberationsfrist sprechen, sondern die c. 19 cit. von der Transmissionsfrist bei der s. g. transmissio Iustinianea (§ 26) und die c. 22 § 1 cit. von der Inventarisirungsfrist beim s. g. beneficium inventarii (§ 34); vgl. v. Bangerow, Pand. § 499 und Arch. f. civil. Pr. Bd. 22 S. 151 ff.

[2] l. 72 D. de A. v. O. H. (29. 2), Buchta, Pand. § 504 Note n. Vgl. unten § 26 Seite 173.

[3] Nach römischem Recht hatten sie eine interrogatio in iure, l. 2. 3 D. de interrogat. (11. 1), l. 1 § 12 D. de succ. ed. (38. 9); heute steht ihnen ein selbständiges Klagerecht zu, Dedekind a. a. O. S. 52, Ubbelohde, Arch. f. civ. Pr. Bd. 61 S. 56 ff., Buchka und Budde, Ent-

ie können also klagen, daß der Richter ihn zu dieser Erklärung anhält. Diesem Recht steht aber das Deliberationsrecht des Delaten gegenüber. Auf Grund desselben braucht er die verlangte Erklärung nicht sofort zu machen, sondern kann die Gewährung einer Deliberationsfrist vom Richter beanspruchen. [1]

Das Recht der bezeichneten Personen und das Recht des Delaten gründen sich in folgendem allgemeinen Princip: wer Rechte unter einer Potestativbedingung erwirbt, die einem Dritten als conditio iuris oder facti gesetzt ist, darf von ihm, weil sonst in infinitum diese Rechte in pendenti bleiben könnten, eine Entscheidung über die Erfüllung der Bedingung fordern; der Dritte braucht aber diese Entscheidung nicht sofort zu treffen, sondern kann, da er die Wahl hat, ob er die Bedingung erfüllen will oder nicht, eine angemessene Ueberlegungsfrist für diese Wahl verlangen.[2] Erb-

---

scheid. d. O. A. G. in Rostock Bd. 3 S. 328, Seuffert, Arch. Bd. 36 Nr. 205.

[1] c. 9 C. de iure del. (6. 30) ... rector igitur provinciae aditus, ... eos an heredes sint interrogare debebit ac, si tempus ad deliberandum petierint, moderatum statuet. l. 5 D. de interrog. (11. 1). Qui interrogatur, an heres ... sit ... ad deliberandum tempus impetrare debet. l. 6 D. eod., l. 1 § 12 D. de succ. ed. (38. 9) ... nonnunquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in iure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut, si repudiare se dicant, sciant creditores, quid sibi agendum esset; si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt. l. 6 § 1 D. de interr. (11. 1) quamdiu iuste deliberant. l. 1 § 1 D. de iure del. (28. 8) Ait praetor: si tempus ad deliberandum petet, dabo. Ueber die Competenz für die Anordnung einer Deliberationsfrist vgl. Ubbelohde, Arch. f. civ. Pr. Bd. 61 S. 56 ff.

[2] Dieses Princip gilt z. B. für die Rechtsverhältnisse, die der Gestor für den dominus negotii begründet, und für die Delation der Vermächtnisse; das Edict des Prätors stellte unter dasselbe auch die Delation der Erbschaften, und dieses Edict wurde analog angewendet auf Erbeinsetzungen unter einer Potestativbedingung. Wenn ein negotiorum gestor eine Sache verkauft, so wird der dominus negotii Schuldner auf Leistung dieser Sache unter der potestativen conditio iuris der Ratihabition; deshalb kann der Käufer von ihm eine Erklärung fordern, ob er die Bedingung erfüllen will oder nicht, und zu diesem Zweck gegen ihn hactenus ex empto agere, ut aut stetur emptioni aut discedatur, l. 13 § 27 D. de act. empti vend. (19. 1). Der Dominus braucht sich aber nicht sofort über die Ratihabition zu erklären: l. 13 D. de solut. (46. 3) Ratum autem habere dominus debet, cum pri-

schaftsgläubiger und, da Vermächtnißschulden Erbschaftsschulden sind,[1] auch Vermächtnißnehmer, erwerben durch die Delation der Erbschaft ihre Forderungen gegen den Delaten unter der conditio iuris si volet: unter dieser Bedingung erwirbt der Delat die Erbschaft, deshalb wird er unter dieser Bedingung Schuldner der Gläubiger und der Legatare. Ebenso erwerben der Nach- und der Miterbe die Erbportion des Delaten, unter der conditio iuris, daß er sie repudiirt, und beim Miterben hängt auch sein Anspruch aus der communio hereditatis von der Entscheidung des Delaten ab. Deshalb haben alle diese Personen das Recht auf eine Erklärung des Delaten, ob er antreten oder repudiiren will, und der Delat hat seinerseits aus seinem Deliberationsrecht einen Anspruch auf Ertheilung einer Deliberationsfrist.[2] Für diese Frist gelten folgende Vorschriften:

---

mum certior factus est; sed hoc ἐν πλάτει et cum quodam spatio temporis accipi debet, sicut in legato, cum de repellendo quaereretur, spatium quoddam temporis adsumitur nec minimum nec maximum et quod magis intellectu percipi quam ex locutione exprimi possit. Beim Vermächtniß verhält es sich ebenso, weil das Vermachte vom Legatar unter der potestativen conditio iuris der Agnition, und sub conditione contraria vom Onerirten erworben wird; daher kann der Onerirte eine Erklärung über die Erfüllung der Bedingung, und der Legatar für seine Wahl eine angemessene Deliberationsfrist fordern, wie nach dem Edict bei der Delation von Erbschaften die Erbschaftsinteressenten diese Erklärung, und der Delat diese Frist fordern können, vgl. Koeppen, Oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 58 ff. (in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 196 ff.) u. Fruchterwerb des b. f. possessor S. 35. Die hiernach selbstverständliche Ausdehnung des Edicts auf alle Erbeinsetzungen unter einer Potestativbedingung bestätigt l. 23 § 1 D. de hered. inst. (28. 5) Sed si bonorum possessionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit, veluti „si servum quem in potestate habeat manumiserit", nec manumittat hic praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas.

[1] Mit dem dies cedens entsteht in der Erbschaft eine Schuld auf die vermachte Leistung und gleichzeitig für den Legatar in der petitio legati das Recht, durch Agnition der Gläubiger für diese Schuld ex die aditae hereditatis zu werden, l. 213 pr. D. de V. S. (50. 16), c. 3 C. quando dies leg. (6. 53). Deshalb heißt es in der l. 40 D. de O. et A. (44. 7) Hereditariarum actionum loco habentur legata, quamvis ab herede coeperint. Koeppen in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 S. 203.

[2] Ausdrücklich geben die Quellen das Recht auf die Erklärung nur den

1) Der Delat hat kein Recht auf eine bestimmte Frist; der Richter ertheilt sie nach seinem Ermessen. Sie darf aber nach Justinians Bestimmung neun Monate nicht überschreiten, sie darf nicht erneuert werden und läuft für den Testamentserben, der zugleich nächster Intestaterbe ist, nur einmal.[1]

2) Die Ertheilung der Frist bewirkt für den Delaten den Verlust des s. g. beneficium inventarii[2] und erfolgt stets unter

Erbschaftsgläubigern: postulantibus hereditariis creditoribus, Gaius II. 167, urgentibus creditoribus, l. 1 § 12 D. de succ. ed. (38. 9), quia plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est, l. 3 D. de interrog. (11. 1). Brinz, Pand. S. 814 und Ubbelohde a. a. O. S. 59 wollen deshalb den Vermächtnißnehmern dieses Recht nicht einräumen; siehe dagegen Dedekind a. a. O. S. 34 ff., Arndts, Pand. § 509 Note 3, Windscheid, Pand. § 598. Daß sie es in der That haben, kann schon um deswillen nicht zweifelhaft sein, weil der Onerirte es gegen sie hat. Auch den Nacherben wird das Recht bestritten von Dedekind, a. a. O. S. 34 ff., Brinz a. a. O. S. 815, Bruns, Jahrb. d. gem. R's. I. S. 120 ff., Ubbelohde a. a. O. Der dafür angeführte Grund, es habe der Nacherbe noch gar kein Recht an der Erbschaft, so lange der nähere da sei, trifft nicht zu, vgl. § 4 S. 79 Note 2. Buchta, Pand. § 498 c. u. A. geben das Recht nur den Substituten, nicht auch den andern Nacherben; auf die l. 69. 70 D. de A. v. O. H. (29. 2) kann man sich dafür nicht stützen, denn diese Stellen sagen nicht, daß der Substitut das Recht habe, sondern nur, daß die Erklärung zunächst blos vom institutus und erst, wenn dieser repudiirt hat, vom substitutus gefordert werden könne, l. 10 D. de iure del. (28. 8). Für die Ansicht, daß das Recht allen Nacherben zustehe, erklären sich Leist, Bonor. Poss. II. 2 S. 461, Sintenis, Civilr. III. § 184 Anm. 4, Windscheid, Pand. § 598. Bestritten ist auch die Frage, ob die Miterben gegen einander das Recht haben, eine Erklärung über den Antritt der ihnen gemeinschaftlich deferirten Erbschaft zu verlangen; verneint wird sie z. B. von Sintenis a. a. O., beschränkt bejaht von Dedekind a. a. O. S. 42, schlechthin von Witte, Rechtslexik. Bd. 1 S. 887, Windscheid, Pand. § 598 und bei Buchka und Budde, Entscheid. d. O. A. G. in Rostock Bd. 3 S. 330 ff. unter Bezugnahme auf l. 61 § 1 D. de leg. (31), wo die Miterben in Bezug auf das Accrescenzrecht als Quasisubstituten bezeichnet werden.

[1] c. 22 § 13 C. de iure delib. (6. 30), l. 70 § 1, l. 77 D. de A. v. O. H. (29. 2). Der Kaiser konnte die Frist nach c. 22 § 13 cit. auf Ein Jahr erstrecken.

[2] Durch dieses beneficium, nach welchem der Erbe unter der Bedingung des rechtzeitigen Antritts und der rechtzeitigen Inventarisirung für die Erbschaftsschulden nur bis zum Betrage der erbschaftlichen Activa haftet,

dem Präjudiz des Antritts,[1] wie es dem Interesse der Erbschaftsgläubiger entspricht; ob diese oder die Nach- oder Miterben den Delaten zur Erklärung drängen ist irrelevant.[2]

3) Die Ertheilung der Frist begründet für den Delaten neue Rechte und Pflichten:

Die Rechte des Delaten sind doppelter Art: er hat Anspruch auf die Einsicht aller Urkunden, die sich auf den Nachlaß beziehen, um sich über die Solvenz desselben zu informiren, er kann mit Zustimmung des Richters die zur Erhaltung der Erbschaft erforderlichen Handlungen vornehmen, und er hat, wenn er ein Kind des Erblassers ist, Anspruch auf Alimente aus der Erbschaft;[3] die Custodia der Erbschaft steht ihm aber nicht zu, für diese kann ein Curator ernannt werden.[4]

Die Pflichten des Delaten bestehen in der Errichtung eines vorschriftsmäßigen Inventars über die Erbschaft, sofern nicht der Erblasser die Inventarisirung verboten hat, oder dieselbe schon von Amtswegen vorgenommen ist.[5] Diese Inventarisirung soll die interessirten Personen gegen Unterschlagungen des Deliberanten

---

wollte Justinian die Erbittung einer Deliberationsfrist unnöthig machen c. 22 § 13 cit.

[1] c. 22 § 14 C. de iure del. (6. 30). Nach altem Recht wurde die Frist unter dem Präjudiz der Repudiation ertheilt, Gaius II. 167. l. 69 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[2] Die Deliberation des Delaten verzögert die Befriedigung der Gläubiger; deshalb muß er, wenn er sich innerhalb der Frist nicht erklärt, als Antretender behandelt werden, damit die Gläubiger jetzt einen Schuldner haben, von dem sie ihre Befriedigung fordern können. Wer ihn veranlaßt hat, sich die Frist zu erbitten, das kann für das Präjudiz nicht in Betracht kommen. Eine abweichende Ansicht vertreten manche Juristen für den Fall, wo auf Andrängen der Nacherben die Frist ertheilt ist: hier soll dies unter dem Präjudiz der Repudiation geschehen, Buchta, Pand. § 498, Arndts Pand. § 509 und dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 391, Windscheid, Pand. § 598 Note 7.

[3] l. 5. 6. 7. 9 D. de iure del. (28. 8), l. 28 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[4] l. 8. 9 D. ex quib. caus in poss. (42. 4). l. 22 § 1 D. de reb. auct. (42. 5).

[5] c. 22 § 14 C. de iure del. (6. 30). c. 13 § 1 C. arb. tut. (5. 51). Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 209.

ſicher ſtellen. Die Verſäumniß der Inventariſirung hat deshalb für ihn verſchiedene Nachtheile, je nachdem er die Erbſchaft erwirbt oder ausſchlägt. Erwirbt er ſie durch rechtzeitigen Antritt, oder weil er die Friſt ohne Erklärung ablaufen läßt, ſo verliert er das Recht auf den Abzug der Quarta Falcidia und Trebelliana von den ihm auferlegten Vermächtniſſen: denn im Fall des Antritts ſollen die Vermächtnißnehmer durch das Inventar gegen Verkürzung ſicher geſtellt werden.[1] Repudiirt er dagegen, ſo können die Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, ſowie die Nach- oder Miterben durch iuramentum in litem feſtſtellen, in welchem Betrage er ihnen die Erbſchaft zu reſtituiren hat: denn im Fall der Repudiation ſollen dieſe Perſonen durch das Inventar ſicher geſtellt werden.[2] Dieſe Vorſchrift über das iuramentum in litem hat heute ihre Geltung verloren.[3]

III. Um ſich die mit der Ertheilung einer Deliberationsfriſt verbundenen Rechte zu verſchaffen, kann ſich der Delat dieſelbe vom Richter auch dann erbitten, wenn er von Niemanden zu einer Erklärung über den Erwerb der Erbſchaft aufgefordert iſt.[4] Hier kommen die Vorſchriften sub 1 bis 3 gleichfalls zur Anwendung.[5]

Ein Wahl- und Deliberationsrecht, wie es der heres voluntarius aus der Delation der Erbſchaft hat, ſteht auch dem heres suus zu, wenn er unter einer poſitiven Poteſtativbedingung inſtituirt, und wegen des beneficium abstinendi auch wenn er pure zur Erbſchaft berufen iſt.[6] Deßhalb gelten die Grund-

[1] c. 22 § 14 C. h. t. Die Anſicht von Arndts, Pand. § 509, dieſer Verluſt treffe den Deliberanten auch dann, wenn er das Inventar errichtet habe, als eine Strafe, die Juſtinian unter allen Umſtänden auf die Erbittung der Deliberationsfriſt geſetzt habe, weil das beneficium inventarii ſie überflüſſig mache (S. 139 Note 2), ſteht mit c. 22 § 14 cit. in Widerſpruch; nach ihr bewirkt die Erbittung der Deliberationsfriſt nur den Verluſt des beneficium inventarii.

[2] c. 22 § 14 C. h. t.

[3] Durch die Reichscivilproceßordnung § 260.

[4] c. 22 § 13 C. h. t.

[5] Puchta, Pand. § 498 bezieht irrthümlich blos auf dieſen Fall die Vorſchrift, nach welcher die Deliberationsfriſt höchſtens 9 Monate betragen ſoll; auch verbindet er mit derſelben kein Präjudiz weder das des Antritts noch das der Repudiation.

[6] l. 8 D. de iure del. (28. 8), c. 19 pr. C. h. t. (6. 30).

ſätze über das tempus deliberandi auch für einen heres suus, der frei wählen kann, ob er die Erbſchaft ablehnen oder erwerben bez. behalten will.[1]

IV. Verluſt der Erbberechtigung.

A. Relativer Verluſt.

1) Durch Veräußerung.*

§ 17.

Nach vorjuſtinianiſchem Recht iſt die geſetzliche Erbberechtigung ein veräußerliches Recht: der Delat konnte ſie durch in iure cessio auf einen Andern übertragen, der dann durch den Antritt ebenſo Erbe wurde, wie wenn er ſelbſt lege zur Erbſchaft berufen worden wäre.[2] Die teſtamentariſche Erbberechtigung dagegen iſt unveräußerlich.[3] Das Teſtament wird vom Erblaſſer

---

[1] Gegen einen sub conditione casuali und gegen einen unter einer negativen Poteſtativbedingung inſtituirten Erben, der die cautio Muciana nicht zu beſtellen vermag, können die Erbſchaftsintereſſenten nur die Beſtellung eines Curators für die Erbſchaft beantragen, und die Erbſchaftsgläubiger ihre Forderungen gegen ihn geltend machen, l. 23 § 2 D. de hered. inst. (28. 5), l. 1 pr. § 1 D. de curat. (42. 7); vgl. Sintenis, Civilr. § 184 sub. 2.

* Vgl. Glück, Comment. Bd. 16 S. 316, Bd. 43 S. 143 ff., Göſchen Vorleſ. über d. gem. Civilr. Bd. 3 S. 429 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 204 Note 1, § 206 Note 1, v. Scheurl, Beitr. zur Bearb. d. röm. Rs. I. S. 94 ff., Koeppen, die Erbſchaft S. 92 ff., Syſtem § 6 u. in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 S. 175 ff., Avenarius, der Erbſchaftskauf im röm. Recht (1877), S. 5 ff. S. 18 ff.

[2] Gaius II. 35. . . nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Gaius III. 85. Ulpian. fragm. XIX. 14. Die Schlußworte von Gajus ſagen nicht, wie Avenarius a. a. O. S. 8 u. A. annehmen, der Ceſſionar werde durch die in iure cessio ſofort Erbe, ſondern er werde dies ebenſo, wie wenn er ſelbſt lege zur Erbſchaft berufen wäre, alſo erſt durch den Antritt, durch die in iure cessio nur Delat, Mühlenbruch, Ceſſion S. 33, Puchta Inſtit. Bd. 3 S. 254, Pand. § 503.

[3] Gaius II. 36. Testamento autem scriptus heres ante aditam

nicht mit der Abſicht errichtet, ſeine Inteſtaterben abſolut vom Nachlaß auszuſchließen, ſondern nur für den Fall, daß die Teſtamentserben die Erbſchaft erwerben wollen, eventuell ſoll die Inteſtaterbfolge eintreten. Mit dieſer Intention des Teſtators würde es in Widerſpruch ſtehen, wenn die inſtituirten Erben durch Veräußerung ihrer Erbberechtigung den Inteſtaterben die Erbſchaft entziehen könnten.[1]

Nach dem Grunde, auf welchem die Unveräußerlichkeit der teſtamentariſchen Erbberechtigung beruht, mußte ſie auch im Juſtinianiſchen Recht ein unveräußerliches Recht bleiben. Zweifelhaft iſt aber, ob auch die Vorſchrift über die Veräußerlichkeit der geſetzlichen Erbberechtigung ihre Geltung behalten hat, und nur nudum pactum die Form der Rechtsübertragung an Stelle der iure cessio geworden iſt.[2]

Die Erbſchaftsintereſſenten, insbeſondere die Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, haben das größte Intereſſe, die Perſon des Delaten zu kennen, weil ſie von ihm, wenn er zögert, eine

---

quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit. Gaius III. 86. Ulpian. fragm. XIX. 13.

[1] Wollte der Teſtator die Veräußerlichkeit der teſtamentariſchen Erbberechtigung ermöglichen, ſo mußte er einen veräußerlichen Delaten berufen: den Sclaven deſſen, der die Erbſchaft haben ſollte, Gaius II. 189, Ulpian. fragm. XXII. 13. Vgl. v. Ihering in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 49 Note 20 und meine Erbſchaft S. 93 Note 7. — Ueber die Gründe durch welche man bisher die Unveräußerlichkeit der teſtamentariſchen, und die Veräußerlichkeit der geſetzlichen Erbberechtigung zu erklären verſucht hat. vgl. v. Scheurl a. a. O. S. 96, Pernice, Labeo I. S. 341, Avenarius a. a. O. S. 6 ff.. Kohler, Arch. f. civil. Pr. Bd. 59 S. 104.

[2] Die herrſchende Anſicht nimmt die fortdauernde Geltung an, weil über die Veräußerlichkeit eines Rechts ſeine eigene Natur entſcheide, nicht die Fortdauer einer beſtimmten Uebertragungsform, Rudorff in Puchta's Pand. § 503 Note c, Windſcheid, Pand. § 601 Note 4. Eine andere Meinung geht dahin, die Erbberechtigung ſei ihrer Natur nach als ein unvererbliches Recht auch unveräußerlich; die Veräußerlichkeit der hereditas legitima beruhe auf einer Anomalie, die nur kraft des imperium magistratus habe bewerkſtelligt werden können, ſie ſei deshalb mit den Untergang der in iure cessio aufgehoben. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd 43 S. 144 Note 16, Sintenis a. a. O. § 204 Note 1, v. Scheurl a. a. O. S. 100. Dabei iſt überſehen, daß ſich aus der Unvererblichkeit eines Rechts

Entscheidung über den Antritt der Erbschaft[1] und eventuell ihre Befriedigung fordern können. Dies Interesse war geschützt, so lange die Uebertragung der gesetzlichen Erbberechtigung nur auf einem kleinen Gebiet unter Römern durch den öffentlichen Act der in iure cessio Statt finden konnte: zu dieser Zeit ließ sich die Person des Delaten auch im Fall eines wiederholten Wechsels wohl ohne Schwierigkeit ermitteln. Als aber durch Kaiser Caracalla alle freien Einwohner des römischen Reichs die Civität erhielten und in Folge dessen die alten nationalrömischen Geschäfte, insbesondere auch die in iure cessio, außer Gebrauch kamen, mußte die Veräußerung der gesetzlichen Erbberechtigung nothwendig oft die Inconvenienz nach sich ziehen, daß die Person des gegenwärtigen

---

kein Schluß auf seine Unveräußerlichkeit machen läßt (Gaius I. 168), und daß die Veräußerung der gesetzlichen Erbberechtigung nicht blos iure praetorio, sondern auch iure civili gültig war. Nach einer dritten Ansicht ist zwar die hereditas legitima durch den Wegfall der in iure cessio ein unveräußerliches Recht geworden, aber demungeachtet die Veräußerung kein nichtiges Geschäft, sondern als Veräußerung der acquirirten Erbschaft zu behandeln, Göschen a. a. O. S. 430, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 Note 65; dagegen s. unten. In jüngster Zeit ist die Frage von Neuem untersucht von Avenarius a. a. O. S. 7 ff. S. 18 ff. Er argumentirt in folgender Weise: Die in iure cessio des Delaten enthalte eine Repudiation. Diese habe im alten Recht bei der hereditas legitima die Berufung eines entfernteren Erben nicht zur Folge gehabt nach dem Satz: in legitimis hereditatibus successio non est; bei der hereditas testamentaria bewirke sie dagegen die Delation an den Substituten bezw. an die Intestaterben. Deshalb sei die Veräußerung der hereditas testamentaria nichtig, weil sie die Rechte dieser Nacherben verletze, und deshalb sei auch die Veräußerung der hereditas legitima nur gültig gewesen, wenn sich die Berufung des Delaten auf die ganze Erbschaft erstreckt habe; die Veräußerung einer Quote sei ebenfalls nichtig gewesen, weil sie auch eine Verletzung der Rechte der Mitdelaten involvire, da ihnen die Quote in Folge der Repudiation durch Accrescenz zufallen müsse. Mit der successio ordinum oder graduum des neueren Rechts sei daher die in iure cessio der hereditas legitima überhaupt unmöglich geworden. Die Grundlage dieser Deduction beruht auf einem Irrthum. Die Veräußerung der Delation enthält keine Repudiation. Die Repudiation besteht in der Aufhebung des bedingten Erwerbs der Erbschaft durch Deficienz der Potestativbedingung (§ 4), die Veräußerung in der Uebertragung dieses bedingten Erwerbs.

[1] Vgl. § 16.

Delaten nicht festzustellen war. Gelangte man in Folge dessen zu der Ueberzeugung, daß sich dieser Uebelstand bei dem großen Territorium, auf dem sich jetzt der Verkehr bewegte, auch durch die Einführung eines neuen öffentlichen Uebertragungsactes nicht beseitigen ließ, so wurde es unabweisbar, der gesetzlichen Erbberechtigung ihre bisherige Veräußerlichkeit zu entziehen. Wahrscheinlich geschah dies lange vor Justinian. Dafür spricht der Umstand, daß sein Gesetzbuch dieser Veräußerlichkeit, abgesehen von einer einzigen Digestenstelle, die beiläufig von der in iure cessio des alten Rechts spricht,[1] überhaupt nicht mehr gedenkt. In den Institutionen, denen doch vorzugsweise der Commentar von Gajus zu Grunde lag, ist die Frage über die Veräußerlichkeit der Erbberrechtigung ganz übergangen.[2] Das war nur möglich, wenn das alte Recht längst antiquirt, und die Unveräußerlichkeit auch der gesetzlichen Erbberechtigung längst anerkanntes Recht war.

Die Veräußerung einer deferirten Erbschaft ist hiernach stets ein nichtiges Geschäft.[3] Sie kann auch nicht als Veräußerung der acquirirten Erbschaft aufrecht erhalten werden, weil der Delat, wenn er die Delation veräußert, selbst nicht Erbe werden will.[4] Die Conversion eines ungültigen Geschäfts in ein gültiges setzt voraus, daß sie dem Willen der Parteien entspricht.[5]

---

[1] l. 4 § 28 D. de doli exc. (44. 4). Die von Rudorff a. a. O. citirte c. 1 C. de revoc. his quae per fraud. cred. (7. 75) spricht von Veräußerungen nach dem Erbschaftsantritt.

[2] § 2 I. de reb. incorp. (2. 2).

[3] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 322, Bd. 39 Nr. 281.

[4] l. 6 D. de R. I. (50. 17). Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem.

[5] Arndts, Pand. § 512 Anm. 1. Windscheid, Pand. I. § 82 sub 5. Die Unveräußerlichkeit der Erbberechtigung wird namentlich auch in dem Fall von Wichtigkeit, wenn Jemand, z. B. bei der Auswanderung, Erbschaften, die ihm von unbestimmten Personen in Aussicht stehen, durch einen s. g. Erbschaftsvertrag (§ 3 Seite 61 Note 1) an einen Andern veräußert hat. Hier wird dieser nicht demnächst der Delat, sondern erhält nur eine Forderung auf Ueberlassung der Erbschaftsrechte, so daß er aus diesen nicht klagen kann, bevor sein Schuldner die Erbschaft angetreten hat, vgl. Blätter für Rechtsanw. Bd. 17 S. 205.

2) Wegen Indignität.*

a. Die Indignitätsfälle.

§ 18.

Die Berufung zur Erbfolge ist ein Ausfluß des natürlichen oder im Testament nachgebildeten Familienbandes. Sie soll den Personen das Recht auf den Nachlaß gewähren, die nach ihrem sittlichem Verhältniß dem Erblasser bei seinem Tode am nächsten stehen.[1] Es tritt daher die Berufung des Erben mit dem Wesen der Erbfolge in Widerspruch, wenn dieses sittliche Verhältniß nicht existirt. Ein solcher Widerspruch verletzt die im Volke lebenden Gesetze der Moral, welche die Anforderung stellen, der Erbfolge ihren sittlichen Charakter zu bewahren. Deshalb muß hier das Recht, dessen Aufgabe die sittliche Gestaltung des Gemeinlebens ist, die an sich seinen Vorschriften entsprechende Berufung des Erben unwirksam machen durch Entziehung der Erbschaft im öffentlichen Interesse.

Auf diesem Gedanken beruhen die s. g. Indignitätsfälle des römischen Rechts, in welchen dem lege oder testamento berufenen Erben die deferirte wie die acquirirte Erbschaft wegen Unwürdigkeit zur Strafe entrissen werden kann (ut indigno auferatur s. eripitur).[2] Die allgemeinen Gründe, aus welchen die Unwürdigkeit angenommen wird, sind nach der Natur der Erbfolge: Impietät des Erben gegen die Person oder gegen das Testament des Erblassers, Berufung des Erben durch einen vom Recht verworfenen Willen des Erblassers, und der muthmaßliche oder formlos erklärte Widerwille des Erblassers gegen den berufenen Erben. Ueber die Personen aber, denen aus diesen Gründen das Recht der Ereption zusteht, entscheidet die publica utilitas nach der Beschaffenheit des

---

* D. 34. 9. de his, quae ut indignis auferuntur. C. 6. 35 de his quibus ut indignis auferuntur et ad SC. Silanianum. Zimmern, Grundr. d. Erbr. S. 78 ff., Heimbach Rechtslexik. IV. S. 48 ff., Keller, Institut. S. 390 ff., Pand. § 593, v. Vangerow, Pand. II. § 565, Sintenis, das gem. Civilr. III. § 205, Brinz, Pand. § 206, Windscheid, Pand. III. § 669 ff.

[1] Einleit. S. 4. Cic. de leg. II. 19 i. f.

[2] Die Erbschaft des indignus wird deshalb durch den Ausdruck bona erepticia s. ereptoria bezeichnet, vgl. Ulpian XIX. 17.

einzelnen Indignitätsfalles: in der Regel hat es der Fiscus, in gewissen Fällen gehen andere Personen dem Fiscus vor oder treten an seine Stelle.

I. Der Fiscus entzieht dem Erben die Erbschaft wegen Indignität:

1) wenn der Erbe den Tod des Erblassers absichtlich oder durch Fahrlässigkeit herbeigeführt hat; [1]

2) wenn durch sein Verschulden die gerichtliche Untersuchung gegen den Mörder des Erblassers unterbleibt; nur dem Minderjährigen wird diese Schuld nicht imputirt; [2]

3) wenn er über die Erbschaft bei Lebzeiten des Erblassers ohne Zustimmung desselben durch einen s. g. Erbschaftsvertrag verfügt hat; [3]

4) wenn er das Testament, durch welches ihm die Erbschaft hinterlassen ist, wegen Rechtsunfähigkeit des Testators, [4] oder als gefälscht, oder als gegen das Notherbenrecht verstoßend erfolglos

---

[1] l. 3 D. de his quae ut ind. (34. 9), c. 10 C. h. t. (6. 35), l. 7 § 4 D. de bon. damn. (48. 20), l. 9 D. de iure fisci (49. 14). Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 265, Bd. 32 Nr. 59. Keller a. a. O. S. 390, Wächter, Arch. f. civil. Pr. Bd. 23 S. 52 Note 33 u. A. wollen die l. 3 cit. wegen der Worte id egisse von einer absichtlichen Herbeiführung des Todes durch Vernachlässigung verstehen und bestreiten demgemäß die Indignität im Fall der fahrlässigen Tödtung. Die Praxis verwirft diese Deutung wegen der nachfolgenden Worte, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur, Seuffert, Arch. Bd. 20 Nr. 52, Bd. 32 Nr. 59.

[2] l. 21 D. h. t. (34. 9), l. 8 § 1, l. 15, l. 22 D. de SC. Silan. (29. 5), c. 1. 7. 9 C. h. t. (6. 35), c. 6 C. eod. Für die heutige Geltung dieser Vorschrift über die vernachlässigte ultio necis erklärt sich Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 43 S. 477; vgl. Mandry, Arch. f. civil. Pr. Bd. 60 S. 43 ff., A. M. Sintenis a. a. O. § 205 Note 9.

[3] l. 2 § 3 D. h. t. (34. 9), l. 29 § 2, l. 30 D. de donat. (39. 5). Auf Grund dieser Stellen will Sintenis a. a. O. § 205 Note 11 die Vorschrift auf Schenkungen der Erbschaft beschränken, irrthümlich, wie sich aus c. 30 C. de pact. (2. 3) ergiebt, vgl. § 3 S. 61 Note 1 sub a.

[4] l. 9 § 2 D. h. t. (34. 9). Sintenis a. a. O. § 205 Note 9 hält diese Stelle für antiquirt, ohne Grund, weil sie nicht blos von der Bestreitung des status libertatis spricht; vgl. Windscheid, Pand. § 670 Note 4.

angefochten,[1] oder die Anfechtung ohne officii necessitas unterstützt hat;[2] dem Minderjährigen wird auch diese Verfehlung nachgesehen;[3]

5) wenn er das Testament des Erblassers unterdrückt hat, um ihn ab intestato zu beerben;[4]

6) wenn er als Pupillarsubstitut nach dem Tode des Pupillen die Mutter fälschlich der Unterschiebung desselben angeklagt hat, um den Vater als nächster Verwandter ab intestato zu beerben;[5]

7) wenn er den Erblasser zwangsweise oder sonst absichtlich an der Errichtung oder Aenderung seines letzten Willens gehindert hat, und ihm in Folge dessen ab intestato oder aus dem unveränderten letzten Willen die Erbschaft hinterlassen ist;[6]

8) wenn die Erbschaft einer Frau hinterlassen ist, die mit dem Testator in einem unerlaubten außerehelichen Geschlechtsverhältniß stand;[7]

9) wenn der Erbe wissentlich mit dem Testator in verbotener Ehe lebte; Irrthum und Minderjährigkeit entschuldigen;[8]

[1] c. 6 C. ad leg. Corn. (9. 22), l. 13 § 9, l. 29 § 1 D. de iure fisci (49. 14), l. 7, l. 15 D. h. t. (34. 9). — l. 8 § 14, l. 22 § 2 D. de inoff. test. (5. 2), l. 2 pr. D. h. t. (34. 9). Die Anfechtung des Testaments als testamentum non iure factum bewirkt keine Indignität, l. 5 § 1, l. 24 D. h. t. (34. 9).

[2] Als Zeuge, Sachwalter oder Bürge des Klägers; dagegen wird der Erbe nicht indignus, wenn er Kraft Amts z. B. als Vormund oder advocatus fisci das Testament angefochten hat, l. 5 § 10—18, l. 22 D. h. t. (34. 9), l. 30 § 1 D. de inoff. test. (5. 2). Vgl. Sintenis a. a. O. Note 10.

[3] l. 5 § 9 D. h. t. (34. 9).

[4] l. 26 D. de lege Corn. (48. 10), l. 4 D. eod. Die Stellen sprechen nur von dem Fall, wo der Testamentserbe der Sohn des Testators ist, sind aber selbstverständlich auszudehnen, Keller a. a. O.

[5] l. 16 pr. D. h. t. (34. 9).

[6] l. 19 D. h. t. (34. 9), l. 1—3 D. si quis aliquem testari prohibuerit. (29. 6), c. 2 C. h. t. (6. 34).

[7] l. 14 D. h. t. (34. 9), l. 41 § 1 D. de test. mil. (29. 1). Nach der Fassung der letzten Stelle ist die Vorschrift nicht zu beschränken auf die Frau, die mit einem Soldaten in unerlaubtem Verhältniß lebte, v. Vangerow a. a. O. sub I. A. 10; vgl. Keller a. a. O. S. 407, v. Savigny, System Bd. 2 S. 558.

[8] c. 4 C. de inc. et inut. nupt. (5. 5), l. 2 § 1. 2, l. 13 D. h. t. (34. 9).

10) wenn der Erbe ſich gegen den Erblaſſer in fraudem legis anheiſchig gemacht hat, die ihm hinterlaſſene Erbſchaft ſelbſt oder ihren Werth, ganz oder zum Theil, an einen incapax herauszugeben; hier wird ihm was er herausgeben ſoll (ſ. g. fideicommissum tacitum) einſchließlich der Falcidiſchen Quart vom Fiscus entriſſen, ſofern er nicht den Auftrag als Hauskind des Erblaſſers aus ſchuldigem Gehorſam übernommen hat;[1]

11) wenn er vom Teſtator als ſein Kind eingeſetzt iſt, nach deſſen Tode aber ſich als untergeſchoben erweiſt;[2]

12) wenn der Teſtator nach vollendeter Teſtamentserrichtung ausdrücklich oder ſtillſchweigend erklärt hat, daß er den eingeſetzten Erben nicht zum Erben haben wolle, ohne die dadurch als eine unverdiente bezeichnete Erbeinſetzung deſſelben aufzuheben und denen die Erbſchaft zuzuweiſen, die nach Aufhebung dieſer Erbeinſetzung die Erbberechtigten ſein würden.[3]

---

[1] l. 10, 11, 18, 23 D. h. t. (34. 9), l. 17 § 2 D. de usur. (22. 1), l. 3 pr. § 1–4, l. 40 D. de iure fisci (49. 14), l. 59 § 1 D. ad leg. Falc. (35. 2). Sintenis a. a. O. Note 9 hält auch dieſe Vorſchrift für antiquirt, weil es erwerbsunfähige Perſonen im Sinne derſelben nicht mehr gebe; ſ. dagegen § 3 Seite 69 ff.

[2] l. 46 pr. D. de iure fisci (49. 14).

[3] l. 12 l. 16 § 2 D. h. t. (34. 9), c. 4 C. h. t. (6. 35), l. 2. 3 D. de his quae in test. del. (28. 4). Nach dieſen Stellen liegt eine ſolche Erklärung des Teſtators namentlich in folgenden Fällen vor: 1) Wenn er in einem zweiten ungültigen Teſtament die Erben des erſten Teſtaments nicht eingeſetzt, oder ihre Erbeinſetzungen per epistolam vel codicillos als unverdiente zurückgenommen hat, l. 12 cit., c. 4 cit. . . . quia testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus declaraverat. Hier ſind die Erbeinſetzungen, weil dies nur durch ein neues gültiges Teſtament, nicht durch eine bloße Widerrufserklärung geſchehen kann, nicht aufgehoben; auch nicht nach der c. 27 § 1. 2 C. de test. (6. 23) von Juſtinian, die der contraria voluntas nur aufhebende Kraft giebt, wenn mit ihr der Ablauf eines Decenniums zuſammentrifft, § 7 I. quib. mod. test. inf. (2. 17). Aus dem zweiten ungültigen Teſtament ergiebt ſich aber, daß die Erben des erſten an ſich noch gültigen Teſtaments nicht mehr habuerunt supremam voluntatem. Deshalb enthält es eine Unwürdigkeitserklärung wie die ausdrückliche Bezeichnung der Erbeinſetzungen als unverdiente. Dieſe Erklärung giebt in beiden Fällen dem Fiscus das Recht der Ereption, ſofern der Erblaſſer nicht die Erbſchaft des indignus auf einen Andern übertragen hat, c. 4 cit. merito eius portio, non iure ad alium translata, fisco

II. Dem Fiscus gehen in folgendem Fall beſtimmte Perſonen in einer beſtimmten Reihenfolge vor: wenn der Erbe die ihm auferlegten Vermächtniſſe nach erfolgtem richterlichen Zahlungsbefehl

---

vindicata est. l. 15 pr. D. de SC. Sil. (29. 5). Si sequens gradus ultus fuerit necem testatoris, an (a) priore hereditas ad illum transferatur? Et ait Papinianus, non esse hoc: nam poena illius huius praemium non esse debet. Hat dagegen der Erblaſſer die Erbſchaft der unwürdigen Erben denen, die nach ihnen erbberechtigt ſind, zugewieſen, ſo ſchließen dieſe den Fiscus aus und haben gegen die hereditatis petitio der indigni die exceptio doli. l. 4 § 10 D. de dol. mal. exc. (44. 4). — 2. Wenn vom Teſtator das Teſtament nach vollendeter Errichtung, um einige oder alle Namen der eingeſetzten Erben zu durchſtreichen, geöffnet und dann wieder von den Zeugen geſiegelt iſt, l. 12 cit i. f., l. 16 § 2 cit., vgl. l. 21 § 1, l. 23 D. qui test. fac. poss. (28. 1). Das Durchſtreichen bewirkt auch keine Aufhebung der Erbeinſetzungen, l. 1 § 3 D. de his quae in test. del. (28. 4). Aber es enthält ebenfalls eine Unwürdigkeitserklärung, die dem Fiscus das Recht der Exception giebt, l. 3 D. eod., ſofern der Erblaſſer nicht anderweitigen Erbberechtigten die Erbſchaft zugewieſen und dadurch für ſie gegen die hereditatis petitio der indigni die exceptio doli begründet hat, l. 1 § 3, D. eod. So z. B. wenn er die Namen aller Erben durchſtrich und erklärte, daß er ab intestato beerbt werden wolle, l. 1 § 8 D. si tab. test. null. ext. (38. 6), oder wenn von ihm nur der Name Eines der mehreren Erben mit der Erklärung durchſtrichen iſt, daß er dieſem ſeine Erbportion zu Gunſten der Subſtituten bez. der Miterben entziehen wolle, l. 2 D. de his quae in test. del. (28. 4), Leiſt, Forts. von Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 IV. S. 223 ff. Die citirten Stellen ſtehen nicht in Widerſpruch mit l. 2 § 7, l. 8 § 3 D. de b. p. s. t. (37. 11): hier iſt von dem Fall die Rede, wo der Teſtator vor vollendeter Errichtung, alſo bei der Errichtung des Teſtaments Namen der Erben durchſtrichen hat; ſie gelten pro non scriptis, l. 1 § 2 D. de his, quae in test. del. (28. 4), Paul Krüger, Krit. Verſuche im Gebiete d. röm. R. S. 12 Note 2, Leiſt a. a. O. S. 276 Note 50. Ueber andere Verſuche den ſcheinbaren Widerſpruch zu beſeitigen, vgl. Keller a. a. O. S. 411, Windſcheid, Pand. § 673 Note 1. a. E. und gegen ſie Leiſt a. a. O.

Durch eine Zerſtörung der Teſtamentsurkunde, wie ſie z. B. auch vorliegt, wenn die Urkunde, um Namen der Erben zu durchſtreichen, geöffnet und nicht wieder geſiegelt iſt, kann der Teſtator keine Unwürdigkeitserklärung machen. Iure civili werden auch durch dieſe Zerſtörung die Erbeinſetzungen nicht aufgehoben, Gaius II. 151, 151a, (neu entziffert von Studemund), Krüger, a. a. O. S. 12 ff., Leiſt, a. a. O. S. 194 ff., aber iure praetorio verliert das Teſtament ſeine Gültigkeit, wenn der Teſtator ſelbſt die Urkunde oder die für ſie vorgeſchriebenen Solen-

innerhalb Jahresfriſt nicht entrichtet hat, ſo wird ihm die Erbſchaft entzogen, als Pflichttheilsberechtigtem aber nur bis zum Pflichttheil, und fällt zunächſt an die Subſtituten, nach ihnen an die Miterben, dann an die Univerſalfideicommiſſare, dann an die Singularvermächtnißnehmer — unter mehreren zuerſt an die meiſt bedachten — und nach dieſen an die Inteſtaterben, mit Ausnahme der enterbten, in der Ordnung der Inteſtaterbfolge, überall unter der Vorausſetzung, daß ſie für die Entrichtung der Vermächtniſſe Sicherheit leiſten; eventuell beruft das Geſetz jeden extraneus, der dieſe Bedingung erfüllen will, und, wenn ſich keiner findet, den Fiscus.[1]

III. An Stelle des Fiscus haben das Recht der Exception:

1) Die Kirche des Geburtsortes des Erblaſſers, wenn der Erbe den Loskauf deſſelben aus der Gefangenſchaft verſäumt hat, mit der Auflage, die Erbſchaft zum Loskauf von Gefangenen zu verwenden; die Indignität aus dieſem Grunde ceſſirt aber, wenn der Erbe noch nicht 18 Jahr alt war, und wenn der Erblaſſer ſelbſt ihm die Erbſchaft in ſeinem Teſtament wegen Liebloſigkeit entziehen konnte, weil er nicht in der Gefangenſchaft ſtarb.[2]

2) Der Verpfleger des geiſteskranken Erblaſſers, wenn der Erbe ſich der Pflege trotz der Aufforderung des Verpflegers nicht unterzogen hat.[3]

Hiernach erweiſen ſich alle einzelnen Indignitätsfälle als Conſequenzen aus dem zwiſchen dem Erblaſſer und dem Erben beſtehenden Verhältniß: wo es nach dieſem Verhältniß an den ſittlichen Vorausſetzungen der Erbfolge fehlt, tritt die Strafe der Exception ein, nicht im privaten, ſondern im öffentlichen Intereſſe und deßhalb zu Gunſten des Staates oder der Kirche, ſoweit nicht

---

nitäten zerſtört, l. 1 § 10, 11 D. de b. p. s. t. (37. 11); dieſen prätoriſchen Grundſatz hat das Juſtinianiſche Recht adoptirt, c. 30 C. de test. (6. 23), Leiſt, a. a. O. S. 206, 213 ff., 273 a. E.

[1] Nov. 1 c. 1 pr. § 1, 2, 3, 4, c. 4. Propterea enim ad tot successiones respeximus, ne hereditas defuncti non adita maneat.

[2] Nov. 115 c. 3 § 13. Man ſtreitet darüber, ob der Kirche des Geburtsortes oder des Wohnortes des Erblaſſers das Recht der Exception zuſteht. In der Vulg. heißt es: ecclesiae civitatis, ex qua oritur; vgl. Oſenbrüggen, zur Interpretation des corpus iuris civilis S. 44 ff.

[3] Nov. 115 c. 3 § 12.

die Fürsorge für die Person oder für den letzten Willen des Erblassers eine Ausnahme fordert. Grundsätzlich darf die Erbschaft des indignus nicht an die neben oder nach ihm berufenen Erben fallen, welche kein Vorwurf trifft: eine Belohnung dafür wäre contra bonos mores.[1]

---

[1] l. 15 pr. D. ad SC. Silan. (29. 5) . . . nam poena illius huius praemium non esse debet. Es dürfen daher in folgenden Vorschriften keine Indignitätsfälle gefunden werden, wie dies von manchen Juristen geschieht:

a) in der Vorschrift, nach welcher der Erbe, der nur wegen einer ihm im Testament aufgetragenen Vormundschaft instituirt ist, die Erbschaft, wenn er Excusationen vorschützt, denen herausgeben muß, die sie ohne seine Erbeinsetzung erhalten hätten, l. 5 § 2 D. de his quae ut indign. (34. 9), l. 28 § 1, l. 32—36 pr. D. de excus. (27. 1), Puchta, Pand. § 559 sub 11, v. Vangerow, Pand. § 565 sub I. B. 1, Arndts, Pand. § 520 sub 2 c., Brinz, Pand. § 206 sub IV. Hier handelt es sich um eine Erbeinsetzung unter der Voraussetzung, daß der Erbe die Vormundschaft übernimmt, die in Ermangelnng dieser Voraussetzung mit den regelmäßigen Wirkungen ungültig wird, Windscheid, Pand. § 673 Note 2, § 556:

b) in der Vorschrift, nach welcher der Erbe, der nur wegen des ihm testamentarisch aufgetragenen Begräbnisses des Erblassers ernannt ist, die Erbschaft, wenn er diesem Auftrage nicht nachkommt, an die anderweitigen Erben restituiren muß, l. 12 § 4 D. de relig. (11. 7), Puchta a. a. O. sub 12, v. Vangerow a. a. O. sub 3, Arndts a. a. O. sub 2 d, Brinz a. a. O. sub IV. Auch dies ist eine Erbeinsetzung unter der Voraussetzung des Begräbnisses mit den regelmäßigen Wirkungen, Windscheid a. a. O.;

c) in der Vorschrift, nach welcher dem Erben, dem im Testament die Erziehung eines unmündigen Kindes auferlegt ist, die Geltendmachung seines Erbrechts versagt wird, wenn er dieselbe verweigert, l. 1 § 3 D. ubi pup. educ. (27. 2), Puchta a. a. O. sub 10, v. Vangerow a. a. O. sub 2, Arndts a. a. O. sub 2 b. Brinz a. a. O. sub IV. Dies ist ebenfalls eine Erbeinsetzung unter der Voraussetzung der auferlegten Erziehung mit den regelmäßigen Wirkungen, Windscheid a. a. O.;

d) in der Vorschrift, nach welcher die künftigen gesetzlichen Erben eines vormundsbedürftigen Pupillen unfähig sind, ihn ab intestato oder durch Pupillarsubstitution zu beerben, wenn sie nicht innerhalb Jahresfrist die Bestellung des Vormunds für ihn beantragt haben, c. 3 C. ad SC. Tertull. (6. 56), l. 2 § 23, § 47 D. h. t. (38. 17), c. 10 C. de leg. her. (6. 58), Puchta a. a. O. § 560 sub 6, v. Vangerow a. a. O. sub II.

Die Aufgabe, die Consequenzen der Indignität für die Erbfolge zu ziehen, ist eine civilrechtliche, keine strafrechtliche. Es sind daher die einzelnen Bestimmungen, welche in Verfolgung dieser Aufgabe das römische Recht getroffen hat, in den gemeinrechtlichen Ländern nicht Bestandtheile des durch das Reichsstrafgesetz-

---

B. 1. Arndts a. a. O. sub 2 g, Brinz a. a. O. sub IV. Dies ist in der That ein Fall der Erbunfähigkeit mit der regelmäßigen Wirkung, daß die Erbschaft an die gelangt, welche sie erhalten hätten, wenn der Erbunfähige gar nicht vorhanden wäre. In l. 2 § 23 cit. heißt ius non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, in c. 10 cit. successionem eius, si impubes moritur, denegandam, und in l. 2 § 47 cit. matre remota eos admitti, qui venirent, si mater non fuisset. Da hiernach die Versäumniß den Erwerb der Erbberechtigung ausschließt, so kann selbstverständlich von einer Ereption wegen Indignität nicht die Rede sein; vgl. § 3 S. 63 Note 1 sub e.

e) in der Vorschrift, nach welcher eine Frau, die Vormünderin ihrer Kinder war, das Recht, dieselben ab intestato oder durch Pupillarsubstitution zu beerben, zu Gunsten der anderweitigen nächsten Erben verliert, wenn sie zur zweiten Ehe schreitet, bevor sie für die Bestellung eines andern Vormunds Sorge getragen, diesem Rechnung abgelegt und das Vermögen herausgegeben hat, v. Bangerow a. a. O. sub 2. Auch dies ist ein Fall der Erbunfähigkeit, c. 6 C. ad SC. Tert. (6. 56) . . . matri . . . denegandam volumus successionem; vgl. § 3 S. 63 Note 1 sub c.

f) in der Vorschrift der Nov. 22 c. 46 § 2, c. 47 pr., welche angeblich Geschwister wegen Lebensnachstellung, Criminalanklage, und Anschläge gegen das Vermögen des Erblassers von der Intestaterbfolge zu Gunsten der andern Intestaterben ausschließen soll, Puchta a. a. O. sub 7 u. § 448 Note d, v. Bangerow a. a. O. sub 5, Arndts a. a. O. sub h, Brinz a. a. O. sub IV. In der That enthalten die citirten Capitel folgende Bestimmung: wenn ein Erblasser eine Wittwe mit Kindern hinterlassen hat, welche eins dieser Kinder zusammen mit den Geschwistern desselben ab intestato beerbt, so soll sie, wenn sie schon eine zweite Ehe geschlossen hat oder späterhin schließt, an dem in ihrem Erbtheil befindlichen väterlichen Vermögen des Kindes nur den Nießbrauch bekommen, die Proprietät sollen die miterbenden Geschwister erhalten. Nur Geschwister, welche sich der bezeichneten Vergehen gegen den Erblasser schuldig gemacht haben, sollen an diesem Erwerbe nicht participiren, sondern ihre Antheile an die Mutter und die übrigen Geschwister kommen. Diese Bestimmung, die nach dem ganzen Inhalt der Novelle keine andere Ausdehnung zuläßt, als die — jedoch auch nicht unbestrittene — von der Mutter auf den Vater, der zur zweiten Ehe schreitet, (Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 254, Bd. 11 Nr. 248, Bd. 23 Nr. 147, Bd. 30 Nr. 252, Windscheid, Pand. § 511 Note 9), ordnet weder

buch aufgehobenen Landesstrafrechts.[1] Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen darf deshalb nicht in Zweifel gezogen werden.[2]

---

eine Indignität noch eine Erbunfähigkeit an, sondern ein gesetzliches Vermächtniß. Es wird nach dem Text der Novelle 22 die zur zweiten Ehe geschrittene Wittwe mit zur Successsion berufen: vocetur et ipsa ad successionem. Deshalb wird sie auch hinsichtlich des im Nachlaß befindlichen väterlichen Vermögens wirkliche Miterbin ihrer Kinder; es ist ihr nur die Pflicht auferlegt, die Proprietät der väterlichen Güter in ihrer Erbportion den Kindern erster Ehe zu prästiren, soweit sie nicht ingrati sind; an den Antheilen dieser Kinder sollen die Mutter und die übrigen Geschwister die Proprietät erhalten, Nov. 22 c. 46 § 4. Ingratitudinem vero hoc loco non solum erga matrem . . . , sed etiam erga ipsum fratrem defunctum consideramus. c. 47 pr. Quoniam autem fratribus multas invicem contentiones esse scimus, eum solum ut ingratum erga fratrem in partem huius lucri venire non permittimus, qui vel vitae fratris insidiatus est, vel criminalem in eum instituit accusationem, vel ut bonis eum privaret operam dedit, illius enim pars ad reliquos fratres et matrem perveniat. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 239. Ueber die verschiedenen Auslegungen, welche die Bestimmung der Nov. 22 erfahren hat, vgl. Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 4 S. 415, und Windscheid, Pand. § 670 Note 9.

Sehr bestritten ist die Frage, ob die erzwungene Erbeinsetzung Indignität des Zwingenden und das Recht der Exception für den Fiscus zur Folge habe, oder ob sie nichtig oder anfechtbar sei. Die einzige Stelle, welche davon handelt, die c. 1 C. si quis aliq. test. prob. (6. 34), sagt nur, daß eine civilis disceptatio gegen eine solche Erbeinsetzung zulässig sei, ohne näher zu bezeichnen, worauf sie gerichtet ist. Die Indignität ist hier entschieden ausgeschlossen, weil sie stets eine gültige Berufung des indignus voraussetzt; im Fall der vom Erben zwangsweise verhinderten Erbeinsetzung (s. oben sub I. 7) existirt dieselbe, die erzwungene Erbeinsetzung ist aber jedenfalls ungültig. Die Frage, ob sie nichtig oder anfechtbar ist, gehört in die Lehre von der Erbeinsetzung vgl. Windscheid, Pand. § 548 Note 2.

[1] Einführungsgesetz zum Reichsstrafgesetzbuch § 2 Abs. 1. Vgl. Mandry, a. a. O. S. 44.

[2] Dies ist auch die Ansicht der heutigen Praxis, vgl. S. 147 Note 1. A. M. Beseler, Erbverträge II. 2 S. 341 ff; vgl. auch Leist a. a. O. IV S. 277, der die fiscale Einziehung als eine unserem Rechtsgefühl widerstrebende betrachtet. In andern Fällen des römischen Rechts war sie in der That gehässig und wurde deshalb auch von Justinian aufgehoben, c. un. pr. C. de cad. toll. (6. 51); bei der Indignität hat er sie ausdrücklich bestätigt c. un. § 12 C. eod.

b. Wirkungen für den Indignus und für den Ereptor.

§ 19.

Die Erbſchaft, zu welcher ein Indignus als heres extraneus berufen iſt, wird neben ihm zugleich dem Ereptor deferirt.[1] Beide haben gleichzeitig die gleiche Erbberechtigung. Aber der Ereptor hat ſie, weil zum Zweck der Ereption, nur unter der conditio iuris, daß der Indignus ſie hat — wenn dieſem nichts deferirt iſt, kann ihm auch nichts entriſſen werden —, und der Indignus hat ſie nur unter der reſolutiven conditio iuris, daß der Ereptor ſeine Erbberechtigung durch den Antritt ausübt.

Der Indignus kann alſo die Erbſchaft antreten[2] wie repudiiren.[3] Der Antritt hat auch für ihn die Wirkungen der Erbfolge: er erwirbt das Erbrecht mit den Erbſchaftsklagen, und ſeine Forderungen und Schulden an den Erblaſſer, ſowie ſeine dinglichen Rechte an Sachen deſſelben gehen durch Confuſion unter;[4] ebenſo bewirkt ſeine Repudiation die Accrescenz für ſeine Miterben oder die ſucceſſive Delation an die Nacherben. Aber dieſe Ausübung ſeiner Erbberechtigung iſt in pendenti: ob ſie wirkſam bleiben wird, hängt davon ab, ob der Ereptor aus der ihm zuſtehenden Erbberechtigung, in welcher ſein Recht der Ereption beſteht, antritt oder repudiirt. Durch die Repudiation des Ereptor deficirt die Reſolutivbedingung für die Erbberechtigung des Indignus: es bleiben daher der Antritt oder die Repudiation deſſelben und alle Verfügungen, die er über die Erbſchaft getroffen hat, gültig. Durch den Antritt des Ereptor tritt jene Reſolutivbedingung ein. Mit ihm erfolgt deshalb für den Indignus die Ereption, und für den Ereptor die Succeſſion in die Erbſchaft. Tritt

---

[1] l. 9 § 1 D. h. t. (34. 9) . . . ex qua specie statim fisco deferetur.

[2] l. 29 § 1 D. de iure fisci (49. 14) . . . posse adire hereditatem constat. l. 21 § 1 D. de SC. Silan. (29. 5).

[3] l. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2). Is potest repudiare, qui et acquirere potest.

[4] l. 18 § 1 D. h. t. (34. 9) . . . ob aditam hereditatem actionibus aut servitutibus confusis.

er an zur Zeit, wo der Indignus noch Delat iſt, ſo entzieht er ihm ſeine Erbberechtigung und ſuccedirt ſelbſt in die Erbſchaft, ſo wie ſie dem Indignus jetzt deferirt iſt, alſo auch in den zugewachſenen Theil.[1] Tritt er erſt an, nachdem der Indignus den Antritt oder die Repudiation erklärt hat, ſo wird dort der Erbfolge und den Verfügungen deſſelben über die Erbſchaft, hier der Accrescenz für die Miterben oder der Delation an die Nacherben ihre Wirkung entzogen.[2] Der Indignus hört, ſoweit ihm die Erbſchaft entriſſen wird,[3] der Sache nach auf, Erbe zu ſein,[4] und der Ereptor ſuccedirt an Stelle deſſelben als Erbe in alle iura und in alle onera hereditaria mit Einſchluß der Vermächtnißſchulden;[5] nur die Rechte des Indignus, die in Folge des Antritts durch Confuſion erloſchen ſind, werden nicht reſtituirt,[6] er müßte denn frei von Argliſt ſein.[7] Daher hat der Ereptor neben den erbſchaftlichen Singularklagen auch gegen jeden Beſitzer die Univerſalklage Zwecks Vindication der Erbſchaft,[8] und der Indignus haftet aus ihr hin-

---

[1] c. 8 C. h. t. (6. 35) ... cum in illius quidem partem succedat fiscus. Nov. 1 c. 1 § 4 ... damus omnibus talibus personis fieri heredes, et additionis aut pro herede gestionis habere ius, et tamquam heredes omnia gerere et conventos et convenientes ...

[2] c. 9 C. h. t. ... ut effectus successionis eius tibi non auferatur, mortem eius ulciscí te necesse est; ... hi qui iure vocantur, adire non vetantur, tamen ... successionem obtinere non possunt. l. 15 pr. D. ad SC. Silan. (29. 5).

[3] l. 43 § 3 D. de V. S. (28. 6.)

[4] l. 9 § 1 D. h. t. (34. 9) ... denegatur eius quod testamento accepit persecutio. l. 18 § 1 D. eod. .. heredem onus aeris alieni non spectare convenit. l. 88 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere. l. 29 § 2 D. de donat. (39. 5).

[5] l. 29 § 2 D. de iure fisci (49. 14) ... posse adire hereditatem constat, sed denegatis ei actionibus fisco locus erit. l. 60 § 1 D. de condit. (35. 1), l. 3 § 4, l. 11 D. de iure fisci (49. 14). l. 5 § 4, l. 12, l. 16 § 2 D. h. t. (34. 9), l. 3 § 5 D. ad SC. Treb. (36. 1), l. 9 D. de SC. Silan. (29. 5), l. 50 § 2 D. de leg. (30).

[6] l. 8, l. 18 § 1 D. h. t. (34. 9), l. 29 § 2 D. de I. F. (49. 14).

[7] l. 17 D. h. t. (34. 9), l. 21 § 1 D. de SC. Silan (29. 5).

[8] l. 43 D. de I. F. (49. 14) ... fiscum in rem habere actionem. l. 21 D. h. t. (34. 9.) Portiones eorum fisco vindicantur. c. 4 C. h. t. (6. 35). Marezoll, Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. Bd. 1 S. 360 ff.

sichtlich der Früchte wie ein malae fidei oder bonae fidei possessor, je nachdem ihn der Vorwurf der Arglist trifft oder nicht.[1]

Ausgeschlossen ist das Recht der Ereption, wenn die Delation an den Indignus ausgeschlossen ist, sei es daß er bereits vor dem Erblasser starb, oder daß seine Erbeinsetzung keine Gültigkeit hat; und aufgehoben wird es durch Repudiation des Ereptor,[2] und durch den Tod des Indignus, wenn er als Delat gestorben und deshalb die Delation an ihn untergegangen ist.[3] Dagegen der Tod des Indignus nach erklärtem Antritt entzieht dem Ereptor sein Recht nicht[4] und ebensowenig die Repudiation des Indignus.[5]

Ist der berufene Indignus ein heres suus, so wird die Erbschaft dem Ereptor deferirt im Moment, wo sie jener acquirirt. Deshalb ist hier die Indignität ein Aufhebungsgrund für die Acquisition der Erbschaft und folgerweise für die immixtio oder für die Abstinenz, während sie beim heres extraneus die Delation, oder die Agnition oder Repudiation desselben aufhebt, je nach der Zeit wo der Ereptor den Antritt erklärt.[6]

---

[1] l. 17, l. 13 pr. D. h. t. (34. 9), c. 1 C. h. t. (6. 35), l. 46 D. de H. P. (5. 3).

[2] l. 50 § 2 D. de leg. (30).

[3] l. 25 § 1 D. h. t. (34. 9).

[4] l. 22 D. de SC. Silan. (29. 5), l. 26 D. de lege Corn. de fals. (48. 10). Man darf also nicht schlechthin sagen, der Tod des Indignus schließe die Folgen der Indignität nicht aus, Windscheid a. a. O. § 674 a. E.

[5] Dies ist auch die herrschende Ansicht, Puchta a. a. O. § 558 Note d, Arndts a. a. O. § 520 Anm. 4, Brinz a. a. O. § 863, Sintenis a. a. O. § 205 Anm. 1. Es ergiebt sich aus der „ganzen Anlage des Indignitätsrechts", Windscheid a. a. O. § 674 Note 7. Aus den Stellen, auf welche man sich beruft, läßt es sich aber nicht entnehmen: c. un. § 12 C. de cad. toll. (6. 51) l. 9 § 2, l. 18 § 1 D. de his quae ut ind. (34. 9), l. 29 § 1 D. de I. F. (49. 14), c. 8 C. de his quib. ut ind. (6. 35), Nov. 1 c. 1 § 4. A. M. Keller a. a. O. S. 418.

[6] Die Indignität unterscheidet sich hiernach von der ieſtamentarischen und gesetzlichen Erbunfähigkeit und von der Incapacität dadurch, daß sie die Berufung bez. die Delation nicht ausschließt. Mit der theilweisen Incapacität (§ 3 Seite 69 ff.) hat sie das gemein, daß die Erbschaft auch bei ihr nicht an die Personen fällt, die sie nach der gemeinen Ordnung im Fall der Vacanz erhalten würden.

B. Absoluter Verlust.

1. Durch Repudiation.*

§ 20.

Durch den Antritt des Delaten wird seine Erbberechtigung zum Titel für seine Erbfolge; durch die Repudiation dagegen geht sie unter, wie wenn der Delat sie niemals gehabt hätte. Die Repudiation macht deshalb die deferirte Erbschaft zu einer vacanten, die jetzt a morte defuncti an andere Personen fällt: durch Accrescenz oder durch successive Delation.[1] Bei der testamentarischen Erbfolge kommt sie zunächst durch successive Delation an die Substituten, wenn aber die Substituten fehlen oder auch repudiiren, durch Accrescenz an die Miterben, und in Ermanglung von Miterben im Uebergang von der testamentarischen zur gesetzlichen Berufung an die Intestaterben.[2] Bei der Intestaterbfolge bewirkt die Repudiation daß die vacante Erbschaft an die Verwandten kommt, die jetzt dem Erblasser die nächsten sind. Für die Nähe des Verwandschaftsverhältnisses ist aber der letzte Lebensmoment des Erblassers maßgebend. Nach seinem Tode kann ihm durch das Wegfallen eines näheren Verwandten der entferntere nicht mehr näher treten. Bei seinen Lebzeiten setzt die Familienliebe an die Stelle eines verstorbenen Kindes die Enkel, an Stelle des verstorbenen Vaters oder der verstorbenen Mutter den Großvater oder die Großmutter, und an die Stelle der verstorbenen Geschwister die Kinder derselben. Aber einem Verstorbenen gegenüber, der aus seiner Familie ausgeschieden ist, können diese entfernteren Verwandten nicht mehr die Stellung der näheren einnehmen, mögen diese durch Repudiation oder durch Tod vor dem Antritt der Erbschaft weggefallen sein. Daher tritt, wenn der weggefallene Delat Miterben hat, für diese die Accrescenz ein: sie sind als die nächsten

---

* Vgl. Glück, Comment. Bd. 43 S. 111 ff., Brinz, Pand. § 194. 196, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 201.

[1] Vgl. Einleit. S. 11, § 4 S. 80 und § 6.

[2] l. 2 § 8 D. de B. P. (37. 11), c. un. § 13 C. de cad. toll. (6. 51). Das Nähere § 29 ff.

Verwandten des Erblaſſers die Quaſiſubſtituten[1] des weggefallenen Delaten. Erſt wenn auch die ſämmtlichen Miterben repudiiren und repudiiren können, weil ſie noch Delaten ſind, erfolgt die ſucceſſive Delation an die nach ihnen berufenen Inteſtaterben.[2]

Die gleiche Wirkung wie die Repudiation hat die Omiſſion der Erbſchaft[3] d. i. der Untergang der Erbberechtigung durch Nichtausübung, wie er eintritt, wenn der Delat den Termin verſäumt, der ihm vom Teſtator für die Ausübung geſetzt iſt.[4]

2. Durch Verluſt der Erbfähigkeit.

§ 21.

Eine juriſtiſche Perſon kann die ihr durch Privilegium verliehene Erbfähigkeit verlieren,[5] weil das Privilegium[6] oder, weil ſie ſelbſt aufgehoben wird. Dieſer Verluſt macht die ihr durch Teſtament deferirte Erbſchaft, da er den Untergang der Erbberechtigung nach ſich zieht, mit denſelben Wirkungen zu einer vacanten, wie die Repudiation der Erbſchaft (§ 20).[7]

3. Durch den Tod des Delaten.

§ 22.

Als ein Ausfluß des Familienbandes erliſcht die Erbberechtigung durch den Tod des Delaten: hereditas nondum adita non

---

[1] l. 61 § 1 D. de legat. (31).

[2] § 9 I. de B. P. (3. 9), l. 3 § 9 — l. 5 D. de B. P. (37. 1), l. 9 D. de suis et leg. (38. 16), c. 1 C. quando non pet. (6. 10). S. § 29 ff. Ueber die abweichende Anſicht, nach welcher die ſ. g. successio graduum den Vorzug vor der Accrescenz haben ſoll, (Brinz, Pand. § 191, Windſcheid, Pand. § 573) ſ. die Lehre von der Inteſtaterbfolge.

[3] Vgl. § 6 S. 94 Note 5, l. 1 pr. D. si quis om. c. test. (29. 4).

[4] l. 72 D. de A. v. O. H. (29. 2). Die geſetzlichen und richterlichen Deliberationsfriſten laufen unter dem Präjudiz des Antritts, § 16.

[5] Phyſiſche Perſonen können nach heutigem Recht die Erbfähigkeit nicht mehr verlieren, § 3 Seite 63 ff., Sintenis, das prakt. gem. Civilr. § 160 Note 4.

[6] Windſcheid, Pand. § 136 a.

[7] Vgl. § 3 S. 66 Note 2.

transmittitur ad heredes heredis.[1] Die so vacant gewordene Erbschaft kommt bei der testamentarischen wie bei der gesetzlichen Erbfolge an dieselben Personen wie im Fall der Repudiation: durch Accrescenz an die Miterben oder durch successive Delation an die Nacherben (§ 20).[2] Iure singulari giebt es aber zahlreiche Fälle, wo die Erberechtigung des Delaten auf seine Erben übertragen wird.[3] Diese Ausnahmsfälle nennt man die Transmissionsfälle,[4] zählt aber zu denselben auch zwei Fälle, wo die missare nicht die Erben des Delaten sind.

Von den Wirkungen, welche der absolute Verlust der Erberechtigung haben kann, behandeln die beiden folgenden Abschnitte die Transmission (§ 23 ff.) und das Accrescenzrecht (§ 29 ff.) Die successive Delation an die gesetzlichen Nacherben ist im Intestaterbrecht und die Substitution im testamentarischen Erbrecht zu erörtern.

V. Transmission der Erberechtigung.*

A. Auf die Erben des Delaten.

§ 23.

Die Transmission der Delation auf die Erben des Delaten ist eine Succession in die Delation. Deshalb kann durch sie die Erbschaft auch an Personen kommen, die den Erblasser des Delaten nicht beerben könnten, weil sie beim Tode desselben noch nicht con-

---

[1] c. un. § 5 C. de cad. toll. (6. 51).

[2] l. 3 § 9 — l. 5 D. de B. P. (37. 1).

[3] c. un. § 13 C. cad. toll. (6. 51).

[4] Obwohl der Ausdruck transmittere in den Quellen auch von der Vererbung einer erworbenen Erbschaft gebraucht wird, c. un. § 5 cit, c. 23 § 3 C. de nupt. (5. 4).

* Thibaut, Versuche II. 7 (1801), Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 2 S. 54 ff. (1839), Steppes, die Transmission d. Erbsch. nach röm. R. (1831), v. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 27 ff. (1833), Mayer, Erbrecht I. § 113 ff. (1840), v. Bangerow, Arch. f. civil. Pr. Bd. 24 S. 153 ff., Bd. 25 S. 430 ff. (1841.42), Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 143 ff., Sintenis, d. prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 204, Heim-

cipirt waren.[1] Die Accrescenz für die Miterben und die ſucceſſive Delation an die Nacherben ſchließt die Transmiſſion aus:[2] beide ſetzen voraus, daß die Erbſchaft, ſoweit ſie dem weggefallenen Delaten deferirt war, durch den definitiven Untergang ſeiner Erbberechtigung vacant geworden iſt. Nur die Subſtitution kann vom Erblaſſer auch ſo angeordnet werden, daß der Subſtitut dem Transmiſſar vorgeht.[3]

Die Transmiſſion der Erbberechtigung auf die Erben des Delaten erfolgt bald auf dem Wege der Reſtitution, bald nach zwei Conſtitutionen von Theodoſius und Juſtinian durch directe Vererbung. Darnach ſpricht man von einer transmissio ex capite in integrum restitutionis, Theodosiana und Iustinianea.

1. S. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis.*

§ 24.

Dieſe Transmiſſion tritt in folgenden drei Fällen ein:

1) Wenn der Delat ſchon bei Lebzeiten ſeine Erbberechtigung aus einem Grunde verloren hat, der eine causa restitu-

---

bach im Rechtslexicon Bd. 11 S. 511 ff. (1857), Göring, Jahrb. für Dogm. Bd. 15 S. 137 ff. (1876). Vgl. auch Northoff, Zeitſchr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 21 S. 97 ff.

[1] Den Transmiſſaren wird nicht die Erbſchaft des Erblaſſers des Delaten deferirt, ſondern nur die Erbſchaft des Delaten, zu deren Beſtandtheilen die Delation oder der Anſpruch auf Reſtitution der Delation gehört. Deshalb kommt nicht in Betracht, ob die Erben auch den Erblaſſer des Delaten hätten beerben können; vgl. v. Bangerow, a. a. O. Bd. 25 S. 490.

[2] c. un. § 13 C. de cad. toll. (6. 51). Puchta, Pand. § 502.

[3] So z. B. wenn dem Erben unter der Bedingung, daß er unverheirathet oder ohne eheliche Kinder verſterben werde, ein Subſtitut ernannt iſt. Dies iſt eine ſ. g. fideicommiſſariſche Subſtitution für den Fall, daß der Erbe nach dem Erwerb der Erbſchaft ſtirbt, eine gewöhnliche Subſtitution, wenn er als Delat ſtirbt. Nach dem Willen des Erblaſſers kann hier eine Transmiſſion auf die Erben des Delaten erſt eintreten, wenn der Subſtitut durch Repudiation weggefallen iſt, oder durch Tod vor dem Antritt und ſeine Erben keinen Transmiſſionsanſpruch haben, Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 35, Arndts, Pand. § 512 Note 3; vgl. Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 253 und 153.

* Vgl. Leiſt, Fortſ. von Glück's Comment. Serie der Bücher 37 und 38 II. S. 177 ff. (1873), Schröder, Jahrb. für Dogm. Bd. 15 S.

tionis ist. Hier geht die von ihm erworbene in integrum restitutio bei seinem Tode auf seine Erben über,[1] obwohl der Gegenstand der Restitution ein unvererbliches Recht ist.[2] Die Wiederherstellung dieses Rechts ermöglicht dem Erben des Delaten die Succession in dieses Recht, durch welche die Transmission desselben auf ihn erfolgt.

2) Wenn der Delat bis zu seinem Tode durch eine causa restitutionis von der Ausübung seiner Erbberechtigung zurückgehalten ist. Hier bewirkt den Untergang derselben nicht der Restitutionsgrund, sondern der Tod des Delaten. Deshalb kann die in integrum restitutio nicht Bestandtheil seiner Erbschaft werden: es fehlt der Causalzusammenhang zwischen der laesio und der causa restitutionis. „Stricto iure" steht daher den Erben der Restitutionsanspruch nicht „ex persona defuncti" zu. Gleichwohl sollen sie ihn „humanitatis gratia" haben „sine respectu eius distinctionis" also wie der Delat, der schon bei Lebzeiten seine Erbberechtigung verloren und in Folge dessen seinen Restitutionsanspruch auf seine Erben transmittirt hat. So wird in den Quellen die Restitution für den Fall begründet, wo der Delat wegen Abwesenheit in Staatsgeschäften seine Erbberechtigung bis zum Tode nicht ausüben konnte.[3] Daher darf sie nicht auf diesen Fall be-

---

409 ff. (1876), Krause, die transm. ex cap. i. i. rest. (Göttinger Inaug.-Diss. 1885; dazu Brandis Krit. VJS. Bd. 27 S. 597) und die im vorigen § * citirte Literatur.

[1] So z. B. die i. i. r. propter minorem aetatem auf die Erben des Mündels, wenn der Vormund die dem Mündel deferirte Erbschaft zu dessen Nachtheil repudiirt hat.

[2] c. 1 C. de rest. mil. (2. 51), l. 6 D. de i. i. rest. (4. 1), l. 24 § 2 D. de minor. (4. 4).

[3] l. 86 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 30 pr. D. eod. In der l. 86 cit. wird unzweideutig gesagt, daß nach einem Rescript von Pius für die Erben des Delaten restitutionem locum habere „obwohl sie strictо iure ex persona defuncti non competit." Göring a. a. O. S. 144 ist demungeachtet der Meinung, daß die Transmission hier nicht durch in integrum restitutio vermittelt werde, vielmehr das Rescript des Kaisers die Anweisung an den proconsul provinciae enthalten habe, es solle der verstorbene Delat die Erbschaft als erworben habend angesehen werden (S. 149). Ebenso schon Northoff, Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. 22 S. 360 ff.

schränkt werden:[1] jene Begründung enthält ein Princip, nach welchem den Erben des Delaten überall, wo es nach dem Ermessen des Richters billig erscheint, die Erbberechtigung zu restituiren ist, wenn der Delat bis zu seinem Tode durch eine causa restitutionis an der Ausübung verhindert war, mag der Restitutionsgrund absentia, minor aetas, metus, dolus[2] oder eine causa ex clausula generali sein.[3]

3) Wenn der Delat seine Erbberechtigung wegen Ungewißheit bis zu seinem Tode nicht ausgeübt hat: wegen Ungewißheit über die Existenz der Erbberechtigung, über die Größe der Erbportion, über den Delationsgrund oder über die Wirkung der Berufung. Das ungewisse Erbrecht gilt juristisch als ein nicht existirendes; deshalb wird, wenn der Delat in der Zeit der Ungewißheit stirbt, seine Erbberechtigung nach eingetretener Gewißheit seinen Erben restituirt.[4]

---

[1] Für diese Beschränkung erklären sich: v. Vangerow a. a. O. Bd. 24 S, 186, Marezoll a. a. O. S. 81, Northoff a. a. O. S. 389. 391, Göring a. a. O. S. 150, Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 162; s. dagegen Windscheid, Pand. § 600 Note 17, Leist a. a. O. S. 189 ff., Schröder a. a. O. S. 417, Krause a. a. O. Seuffert, Arch. Bd. 27 Nr. 147 S. 243.

[2] Nur die Restitution wegen error ist ausgeschlossen (s. oben S. 104 Note 1), Windscheid, Pand. § 600 Note 20, Seuffert, Arch. Bd. 27 Nr. 147 a. E. Die c. 7 C. de iure delib. (6. 30), läßt sich nicht als Beweis dafür anführen; hier wird nur gesagt, daß der Delat, der ohne Kenntniß von der Delation stirbt, die Erbschaft nicht erworben und daher die erworbene Erbschaft nicht auf seine Erben transmittirt hat; die Frage, ob die Erben die Transmission der Erbberechtigung ex capite i. i. r. propter errorem oder aus einem andern Restitutionsgrunde fordern können, wird in der Stelle gar nicht aufgeworfen.

[3] So würde Restitution ex clausula generali z. B. zu ertheilen sein in dem Fall, wenn der Delat ohne Kenntniß von der Delation gestorben ist, weil ihm während seiner Krankheit nach Anordnung des Arztes der Tod seines Erblassers nicht mitgetheilt werden durfte. Zweifellos würde er diese Restitution haben, wenn die Krankheit nur die Erklärung des Antritts verhindert hätte; der Umstand, daß sie zugleich die Kenntniß der Delation verhindert hat, kann den Anspruch nicht ausschließen, Brinz, Pand. § 195 sub 5, Seuffert, Arch. Bd 14 Nr. 243.

[4] Nach der Ausführung in § 10 ergiebt sich dies Princip aus den Entscheidungen in l. 6 § 1, l. 42 § 3 D. de bon. libertor. (38. 2), l. 1 § 1 D. ad SC. Tert. (38. 17), l. 84 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 4 § 3, l. 5

2. S. g. transmissio Theodosiana.*

§ 25.

Eine Constitution von Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. modificirte die Vorschrift der lex Iulia et Papia Poppaea, nach welcher ein nur pro parte instituirter Erbe erst nach der Eröffnung des Testaments antreten konnte und sein Erbtheil, falls er ante apertas tabulas starb, als caducum an den Fiscus fiel,[1] durch folgende Bestimmung:[2]

Soweit die ante apertas tabulas verstorbenen Testaments-

D. de b. p. c. t. (37. 4), l. 12 D. de Carb. ed. (37. 10). Es wird aber auch hier darüber gestritten, ob man casuistisch bei den Entscheidungen dieser Stellen stehen zu bleiben oder ein Princip aus denselben abzuleiten hat. Vgl. Windscheid, Pand. § 600 Note 16 und Leist a. a. O. S. 239 ff., die „auf die Ziehung eines Endresultats" nicht verzichten, sondern den „den einzelnen Fällen gemeinsamen Grundgedanken zur analogen Verwendung auf andere gleichartige Fragen benutzen wollen", während Göring a. a. O. S. 168 den Versuch mißbilligt, aus ihnen „ein Princip heraus zu destilliren", ebenso Krause a. a. O.; vgl. Marezoll a. a. O. S. 65 ff., Mühlenbruch a. a. O. S. 197, Sintenis, a. a. O. Note 8 a. E., Schröder a. a. O. S. 443 ff., Seuffert, Arch. Bd. 26 Nr. 143, Bd. 27 Nr. 147 (S. 244). Ueber die Transmission in dem Silanianischen Fall vgl. l. 3 § 18. 29. 30, l. 5 § 2 D. de SC. Sil. (29. 5); obwohl derselbe unpraktisch ist, kann es doch nicht wohl zweifelhaft sein, daß diese Transmission, wenn heute in der That analoge Fälle vorkommen sollten, auf sie auszudehnen wäre, Leist a. a. O. S. 243 Note 72. — Manche Juristen nehmen an, daß sich die Transmission wegen Ungewißheit der Erbberechtigung von selbst nach Rechtsvorschrift vollziehe ohne i. i. restitutio, Leist a. a. O. S. 237 ff., Mühlenbruch a. a. O. S. 179. Aus den zu Anfang der Note citirten Stellen ergiebt sich nur, daß die Quelle des Restitutionsanspruchs hier nicht blos das prätorische Edict, sondern auch kaiserliche Rescripte waren; vgl. Steppes a. a. O. S. 62 ff., Schröder a. a. O. S. 435, Windscheid, Pand. § 600 Note 18.

* Vgl. Niemeyer, de transmissione Theodosiana (1812), v. Löhr, Arch. für civil. Pr. Bd. 2 S. 192 ff. (1819), Löbenstern, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. Bd. 9 S. 198 ff. (1836), v. Löhr, ebendas. N. F. Bd. 7 S. 105 ff. (1850), Huschke, ebendas. Bd. 9 Nr. 2 (1851), Wolff, de transmissione Theodosiana (1853) und die § 23 * angeführte Literatur.

[1] Ulpian. XVII. § 1. 2.

[2] c. un. C. de his qui ante apert. tab. hered. transm. (6. 52).

erben Deſcendenten des Teſtators ſind, gleichviel welchen Grades, ſollen ſie, auch wenn ſie ſich nicht wechſelſeitig ſubſtituirt worden ſind,[1] die ihnen deferirte Erbportion, ſie mögen ihre Erbeinſetzung gekannt haben oder nicht, auf ihre Deſcendenten jeden Grades durch Vererbung transmittiren,[2] ſo daß dieſe Deſcendenten, unter der Bedingung, daß ſie ihren Parens beerben,[3] auch jene Erbportion als eine ihnen gebührende in Anſpruch nehmen dürfen:[4] es würde der Willensmeinung des Teſtators widerſprechen, wenn dieſe Erbportion andern Perſonen zufiele.[5]

Dieſe ſ. g. transmissio Theodosiana hat auch im Juſtinianiſchen Recht ihre Geltung behalten, obwohl die Vorſchrift der lex Iulia et P. P. aufgehoben wurde.[6] Juſtinian beſtimmte:

Jeder Teſtamentserbe, nicht blos der Univerſalerbe, ſondern auch der Theilerbe, kann ſchon vor der Teſtamentseröffnung die Erbſchaft gültig antreten.[7] Stirbt er ante apertas tabulas ohne Antrittserklärung, ſo geht ſeine Delation nicht auf ſeine Erben über, ſondern unter. Die ſ. g. transmissio Theodosiana und die ſ. g. transmissio Iustinianea (§ 26) ſollen aber in Kraft bleiben.[8]

Da der eingeſetzte Erbe ein Intereſſe haben kann, die Antrittserklärung hinauszuſchieben, bis er durch die Eröffnung des Teſtaments den ganzen Inhalt deſſelben kennt, ſo war immer noch eine beſondere Rückſicht auf ſeine Deſcendenten geboten, wenn er ante apertas tabulas ſtarb: es war auch jetzt noch billig, daß ihnen in dieſem Fall die Erbſchaft durch den unterlaſſenen Antritt ihres Parens nicht entzogen wurde. In dieſer Erwägung ließ

---

[1] ... licet non sint invicem substituti ...

[2] ... in liberos suos, cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere ...

[3] ... si tamen hereditatem non recusant ...

[4] ... tanquam debitam vindicare.

[5] ... si quidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes .. aut pronepotes .. avita vel proavita successione fraudari aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium ... commodo hereditatis gaudere.

[6] c. un. pr. C. de cad. toll. (6. 51).

[7] c. un. § 1 C. eod.

[8] c. un. § 5 C. eod., c. 19 C. de iure delib. (6. 30).

Justinian die transmissio Theodosiana mit ihren bisherigen Erfordernissen stehen, als er der Vorschrift der lex Iulia et P. P. welche sie veranlaßte, die Geltung entzog.[1] Ihre Erfordernisse sind aber folgende:

1) der berufene Erbe muß ein Descendent des Erblassers sein;
2) er muß im Testament berufen sein;[2]
3) er muß nach dem Testator gestorben sein;[3]

---

[1] Diesen Zusammenhang mit der lex Iulia et P. P. bestreitet v. Löhr a. a. O. Bd. 2 S. 193, weil in der lex Theodosiana nirgends gesagt sei, daß sie nur beim caducum eintrete. Er nimmt an, der Zweck des Gesetzes sei die Anordnung einer gesetzlichen Substitution der entfernteren Descendenten, weil er übersieht, daß die Worte licet non sint invicem substituti nur von der gegenseitigen Substitution der eingesetzten Descendenten verstanden werden können, durch welche man die Anwendung der lex Iulia auszuschließen pflegte, Arndts, Pand. § 514 Anm. 2 a. E. Die Ansicht v. Löhr's theilen Marezoll a. a. O. S. 63 und Sintenis a. a. O. § 204 Note 9, Puchta, Pand. § 503. Huschke a. a. O. nimmt an, der Zweck des Gesetzes sei die Beseitigung von Beschränkungen und Einwendungen gegen eine schon früher behauptete Transmission zu Gunsten der Descendenten; seinen Inhalt bilde die Fiction, daß der eingesetzte Descendent sofort nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft erworben habe. Nach Wolff l. c. p. 11 will das Gesetz dem natürlichen Anspruch der entfernteren Descendenten auf den Nachlaß ihrer Großeltern gerecht werden und zu diesem Zweck den Erwerb der Eltern selbst in dem Fall als geschehen behandeln, wo er nach der lex Iulia et P. P. noch nicht möglich war. Nach diesen verschiedenen Meinungen über den historischen Zusammenhang und den Zweck der lex Theodosiana gehen auch die Ansichten über die einzelnen Erfordernisse der transmissio Theodosiana auseinander. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 208 ff., v. Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 454 ff.

[2] Dies ist bestritten. Puchta, Pand. § 503 u. Wolff l. c. p. 38, wollen die Transmission auch auf die Intestaterben ausdehnen, nachdem ihr ursprünglicher Grund im Justinianischen Recht weggefallen sei. Dabei ist außer Acht gelassen, daß nur die Erwägung, auf welche im Text hingewiesen ist, Justinian zur Bestätigung der lex Theodosiana veranlassen konnte; vgl. v. Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 470 ff.

[3] Auch dies ist bestritten. Die Juristen, welche der Ansicht sind, daß das Gesetz eine Substitution anordne, ziehen daraus die Consequenz, daß es auch dann Anwendung finde, wenn der Eingesetzte schon vor dem Testator gestorben sei, v. Löhr a. a. O. Bd. 2 S. 192, Bd. 7 S. 111, Marezoll a. a. O. S. 61, Sintenis a. a. O., v. Buchholtz, Jurist. Abhandl. S. 70. Hier ist übersehen, daß es für einen vor dem Testator verstorbenen

4) er muß vor der Testamentseröffnung gestorben sein;[1]
5) er muß von seinen Descendenten beerbt werden.[2]

Descendenten keine hinterlassene Erbschaft giebt, die er auf seine liberi transmittiren könnte, wie sie das Gesetz voraussetzt: in liberos suos ... derelictam sibi hereditariam portionem transmittere. Für die hier vertretene Ansicht: Steppes a. a. O. S. 40 ff., Löbenstern a. a. O., v. Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 444 ff., Puchta, Pand. § 503, Brinz, Pand. § 195 S. 821, Windscheid, Pand. § 600 Note 8, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 311, Bd. 5 Nr. 33, Bd. 6 Nr. 233, Bd. 7 Nr. 70, Bd. 15 Nr. 273.

[1] Auch dies ist bestritten. Die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher die Transmission auch Platz greift, wenn der eingesetzte Descendent erst nach Eröffnung des Testaments verstorben ist, hat unter den älteren wie unter den neueren Juristen Anhänger gefunden; zu ihnen zählen Niemeyer l. c. § 23, v. Löhr a. a. O. Bd. 2 S. 195, Löbenstern a. a. O. S. 208 ff., Puchta, Pand. § 503. Dieser Ansicht widerspricht nicht blos der Wortlaut der lex Theodosiana, sondern auch die im Text erwähnte Erwägung, durch welche allein Justinian zur Bestätigung der transmissio Theodosiana veranlaßt werden konnte; vgl. v. Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 462 ff., Windscheid a. a. O.

[2] Auch dies wird von manchen Juristen verneint; sie wollen die Transmission auch eintreten lassen, wenn die Descendenten die Erbschaft ihres eingesetzten Parens ausgeschlagen haben, v. Löhr a. a. O. Bd. 7 S. 117. Sintenis a. a. O., Puchta, Pand. § 503, Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 472 und die daselbst Note 33 citirte Literatur. Nach dem Wortlaut des Gesetzes soll die hereditaria portio, welche der Testator seinen Descendenten zugewandt hat, auf dessen liberi nur transmittirt werden, „si hereditatem non recusant". Die Delation des Parens ist ein Bestandtheil seiner Erbschaft, deshalb können seine Descendenten die Delation nicht erwerben, wenn sie die Erbschaft repudiiren; ihre Erbberechtigung ist untheilbar, vgl. § 6 S. 99. Aber nach der Succession in die Delation haben sie die Wahl, ob sie die großelterliche Erbschaft antreten oder repudiiren wollen wie sie ihr Parens hatte.

Bestritten ist auch die Frage, ob die transmissio Theodosiana Platz greife, wenn ein Ascendent seinen Descendenten zum heres ex asse eingesetzt habe und dieser ante apertas tabulas gestorben sei? Daß sie ursprünglich einen heres ex parte voraussetzte, kann nicht zweifelhaft sein, da der heres ex asse nach dem Recht der lex Iulia et P. P. vor der Apertur des Testaments antreten konnte, und Theodosius nur die Härten abwenden wollte, welche sich daraus ergaben, daß der heres ex parte dies nicht konnte. Ebenso unzweifelhaft ist aber, daß Justinian, der hinsichtlich der Möglichkeit des Antritts vor der Testamentseröffnung den Theilerben dem Universalerben

3. S. g. transmissio Iustinianea.*

§ 26.

Das Transmissionsrecht, wie es Justinian in den Grundsätzen der s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis und der s. g. transmissio Theodosiana vorfand, bedurfte noch einer Ergänzung, wenn die Regel, nach welcher die Delation nicht auf die Erben des Delaten übergeht, überall außer Anwendung treten sollte, wo es die Billigkeit forderte.

Wenn der Delat während der Deliberation über die Ausübung seiner Erbberechtigung starb, so hatten nach dem bis-

gleichstellte, bei der Bestätigung der transmissio Theodosiana nicht die Absicht haben konnte, den Universalerben von derselben auszuschließen. Ueber die Gründe, aus welchen manche Juristen diese Ausschließung annehmen wollen, vgl. v. Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 481 ff.

Bestritten ist ferner ob die transm. Theod. auch Anwendung finde, wenn die eingesetzten Descendenten sui des Testators sind? Da diese Transmission voraussetzt, daß der eingesetzte Erbe nach dem Testator verstorben ist, so ist die Frage zu verneinen: denn der suus erwirbt die Erbschaft ipso iure im Todesmoment des Erblassers — auch nach dem Recht der lex Iulia et P. P. —, deshalb ist es für seine Descendenten völlig irrelevant, ob er ante oder post apertas tabulas stirbt, v. Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 485 ff. Ebenso ist es irrelevant, ob die eingesetzten sui leibliche Descendenten oder Adoptivkinder des Testators sind. Dagegen wird, wenn der eingesetzte leibliche Descendent von Adoptivkindern beerbt wird, diesen die Transmission nicht versagt werden dürfen, weil sie zu den liberi zählen; a. M. v. Vangerow a. a. O. S. 490 ff.

Die irrige Auffassung der transm. Theod. als einer gesetzlichen Substitution hat auch zu der irrigen Ansicht geführt, daß sie nicht eintreten könne für Descendenten des eingesetzten Erben, die beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt seien; vgl. Büchel, Streitfragen der Nov. 118 S. 16 ff., v. Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 489 ff. und oben § 23 Note 1.

Endlich hat man auch darüber noch gestritten, ob sich die Transmission auf die Descendenten der drei ersten Grade beschränke, weil das Gesetz nur diese aufführt, oder ob sie auch bei instituirten Descendenten entfernterer Grade Statt finde. Nach den Worten: in liberos suos cuiuscunque sint sexus vel gradus, posse transmittere soll keine Gradbeschränkung in der Person der Transmissare eintreten, also auch wohl nicht in der Person der Transmittenten, vgl. v. Vangerow a. a. O. Bd. 25 S. 492.

* Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 41 S. 314 (1840), Bd. 43 S. 218 ff., (1843), v. Vangerow a. a. O. Bd. 24 S. 153 ff., Wiebing, die Transmission Justinians (1859) und die § 23* citirte Literatur.

herigen Recht ſeine Erben keinen Anſpruch auf Transmiſſion. Das war unbillig, ſofern der Delat nicht ungebührlich lange deliberirt hatte. Starb ein heres suus während der Deliberation über die Ausübung ſeines beneficium abstinendi,[1] ſo ging die Erbſchaft mit dem ihm zuſtehenden ius deliberandi auf ſeine Erben über.[2] Dieſer Umſtand beſtimmte Juſtinian, auch für die Erben eines heres voluntarius Fürſorge zu treffen.[3] Das Geſetz, welches er zu dieſem Zweck gab, unterſcheidet folgende beiden Fälle:

---

[1] Durch das beneficium abstinendi hatten die sui der Sache nach ein gleiches Wahl- und Deliberationsrecht wie die extranei; deshalb gelten die Grundſätze über das tempus deliberandi auch für die sui, vgl. § 16 a. E.

[2] Alſo ohne zeitliche Beſchränkung, wenn dem suus keine Deliberationsfriſt geſetzt war, andernfalls als ein zeitlich beſchränktes, wie er es ſelbſt hatte, l. 7 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), Paul. l. 1 ad Sab. ... permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur. Die Schlußworte weiſen darauf hin, daß dieſer Uebergang einer vom suus erworbenen Erbſchaft mit dem benef. abst. auf ſeine Erben kein ſingulärer iſt; es iſt deshalb in der That nicht angezeigt, hier von einer ſ. g. transmissio ex capite suitatis zu ſprechen, Marezoll a. a. O. S. 82 ff. und dagegen Buchta a. a. O. § 504 a. E.

[3] c. 19 C. de iure delib. (6. 30) Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli invenimus filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi persona praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam. Brinz, Pand. § 195 S. 821 nimmt an, daß als Gegenſtand der Transmiſſion hier nicht die ipso iure erworbene Erbſchaft gedacht werde, da dieſe als eine unzweifelhafte nicht habe Gegenſtand legislatoriſcher Feſtſtellung und Pauliniſcher Quäſtionen ſein könne; hereditas bedeute hier Erbrecht, das dem suus iure praetorio zuſtehende Erbrecht, wonach er nicht ſchon Erbe ſei, ſondern es erſt je nach ſeinem Willen werden könne; ob dieſes Erbrecht transmittirt werde, ſei wohl einmal bezweifelt worden. M. E. denkt Juſtinian als den Gegenſtand der Transmiſſion die Deliberation aus dem beneficium abstinendi, welches mit der ipso iure erworbenen Erbſchaft verbunden war; die Vererblichkeit dieſes beneficium und des darin enthaltenen ius deliberandi, für die ſich Paulus in der in der vorigen Note citirten Stelle erklärte, iſt vielleicht nicht ohne Kampf ein praecipuum der heredes sui geworden. Dieſe Vererblichkeit will Juſtinian auch auf das ius deliberandi, welches die heredes extranei aus ihrer Erbberechtigung haben (§ 4 Seite 77),

1) Der Delat hat sich eine Deliberationsfrist erbeten und stirbt vor Ablauf derselben.[1] Hier soll die Delation und das ius deliberandi mit der zeitlichen Beschränkung, mit welcher es dem Delaten zustand, auf seine Erben transmittirt werden, also untergehen, wenn sie den Rest der ertheilten Deliberationsfrist ohne Erklärung ablaufen lassen.

2) Der Delat hat sich keine Deliberationsfrist erbeten, muß aber als ein Deliberirender betrachtet werden, weil ihm die Delation bekannt ist.[2] Hier soll, wenn der Delat vor Ablauf eines Jahres

---

ausdehnen, aber unter gewissen Beschränkungen, die er im Gesetz festsetzt. Ganz mißverstanden sind die einleitenden Worte von Wieding a. a. O. § 18: er behauptet, daß die „Factoren" auf welchen die Transmission der sui beruhte, nämlich civiler Erwerb ipso iure und Abstinenzmöglichkeit, auf alle Erben übertragen seien, und daß dadurch „die Transmission der sui in die transmissio Iustinianea aufgegangen". „Daher müsse auch das Recht der Transmission der sui für die Justinianische Transmission überhaupt maßgebend sein" (v. Holtzendorff's, Rechtsl. Bd. 2 S. 721); s. Windscheid, Pand. § 600 Note 4 und Göring a. a. O. S. 180, der gegen die Wieding'sche Ansicht, es werde seit der c. 19 cit. vom Jahre 529 jede Erbschaft ipso iure erworben, auf spätere Constitutionen von Justinian hinweist, in welchen dieser Erwerb nach wie vor nur für die sui anerkannt ist, auf die c. un. § 5 C. de cad. toll. (6. 51) und auf c. 22 § 14 D. de iure delib. (6. 30). Indessen ist Göring a. a. O. S. 181 ff. selbst der Meinung, „die juristische Construction der Justinianischen Transmission könne nach römischer Anschauung, wie die der übrigen, nur vermöge der Fiction erfolgen, daß der Transmittent schon die Erbschaft erworben gehabt habe, so daß dieselbe als Theil des Nachlasses des Transmittenten an den Erben, den Transmissar, komme". Er giebt aber (S. 183) zu, daß diese Fiction kein praktisches Interesse hat. Dann fehlt ihr in der That auch das behauptete theoretische Interesse: über den Werth und die Richtigkeit einer Theorie entscheidet stets ihre praktische Brauchbarkeit. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 236.

[1] c. 19 § 1 C. eod. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit ...., praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa. Hier ist von einer vom Kaiser gewährten Deliberationsfrist die Rede, c. 22 § 13 C. h. t. (6. 30); vgl. § 16 S. 139 Note 1.

[2] c. 19 § 2 C. eod. Et siquidem is, qui sciens hereditatem sibi esse ... delatam deliberatione minime petita intra anna-

seit Kenntniß der Delation stirbt,[1] für den Rest des Jahres die Delation mit dem ius deliberandi auf seine Erben transmittirt werden und demgemäß erlöschen, wenn sie den Antritt innerhalb dieser Frist nicht erklären.[2] Ist aber der Delat eine

le tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. § 3. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. § 4. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus . . . relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur.

[1] Den Fall, wo der Delat ohne Kenntniß von der Delation gestorben ist, läßt Justinian in seinem Gesetz unberücksichtigt, weil hier den Erben schon nach dem bisherigen Recht, wo es billig war, ex clausula generali die vortheilhaftere transmissio ex cap. in int. r. zustand mit einer Verjährung von vier Jahren seit dem Tode des Delaten, Buchta, Pand. § 504 sub 1, Brinz, Pand. § 195 sub 5, s. oben S. 163 Note 3. Die Praxis beschränkt denn auch die transmissio Iustinianea auf den Fall, wo der Delat die Delation kannte, Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 46, Bd. 14 Nr. 242, Bd. 16 Nr. 125, Bd. 19 Nr. 245, Bd. 27 Nr. 147. Manche Juristen, welche in dem Fall, wo er sie nicht gekannt hat, eine Restitution für ausgeschlossen halten, dehnen die transmissio Iustinianea auch auf diesen Fall aus und lassen die Transmissionsfrist hier vom Tode des Delaten laufen: so v. Bangerow a. a. O. Bd. 24 S. 180, Windscheid, Pand. 600 Note 5; nur Wieding a. a. O. S. 56 ff., S. 76 ff. will hier, wie überall, die Frist von der Zeit der Berufung berechnet wissen, und Göring a. a. O. S. 177 von der Kenntniß des Transmissars an. Schon die Worte des Gesetzes (§ 3) lassen darüber keinen Zweifel, daß die Frist von der Kenntniß des Delaten läuft, ebensowenig die Natur der Sache, da Jemand, der von der Delation nichts weiß, nicht deliberiren und ihm keine Frist für die Deliberation gesetzt werden kann, Brinz a. a. O. S. 823, Mühlenbruch a. a. O. S. 314, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. § 204 Anm. 3.

[2] Justinian wollte stets die Transmission auf eine Jahresfrist beschränkt wissen: auf die erbetene einjährige Deliberationsfrist oder auf eine einjährige Frist seit Kenntniß der Delation; deshalb sagt er zu Anfang des Gesetzes: si quis . . . deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur . . ., praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen ut unius anni spatiis eadem

handlungsunfähige Person, die neque scire neque decernere potest,[1] so kann natürlich die Kenntniß der Delation keine Bedingung für die Transmission sein. Die Bedingung gilt hier als erfüllt,[2] und die Frist läuft von der Delation an.[3] Versäumen die Erben die Frist aus einem als causa restitutionis anerkannten Grunde, so wird sie ihnen oder ihren Erben restituirt,[4] eventuell haben sie noch die transmissio Theodosiana, wenn sie Descendenten des Erblassers sind,[5] und, wenn nicht, die transmissio ex capite in integrum restitutionis, weil der Erblasser zu den unfreiwillig Abwesenden zählte.[6]

Ist der berufene Erbe schon vor der Delation gestorben,[7] so

transmissio fuerit conclusa. Diese Worte können nicht, wie es von Mühlenbruch a. a. O. S. 322 ff., v. Vangerow a. a. O. S. 173 und Windscheid, Pand. § 600 Note 6 geschieht, dahin verstanden werden: die Transmission sei immer nur auf ein Jahr seit Kenntniß der Delation beschränkt, auch dann, wenn der Delat sich eine Deliberationsfrist erbeten habe; wenn er z. B. sechs Monate nach Kenntniß der Delation eine Deliberationsfrist von neun Monaten erhalte und alsbald sterbe, so betrage die Transmissionsfrist nur sechs, nicht neun Monate, und wenn er sechs Monate nach Ertheilung der Deliberationsfrist sterbe, so sei die Transmission ausgeschlossen. Das Gesetz will das ius deliberandi bei erbetener Deliberationsfrist so, wie es dem Delaten zusteht, auf seine Erben übertragen (eam deliberationem et in omnes successores protelandam), und bei nicht erbetener Deliberationsfrist mit der im Gesetz festgesetzten Frist: si ... deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat.

[1] l. 9 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 10 D. de iur. et fact. ign. (22. 5).

[2] Vgl. l. 29 D. de cond. indeb. (12. 6), Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 326, Bd. 43 S. 222, Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 245. In der c. 19 cit. wird der Fall, wo der Delat handlungsunfähig ist, nicht erwähnt, aber die nicht glossirte Novelle 158, welche diese Constitution erläutert, giebt die transmissio Iustinianea den Erben eines unmündigen Kindes, dem wenige Tage vor seinem Tode eine Erbschaft deferirt war.

[3] Nov. 158 c. 1. Diese Novelle steht also nicht mit der c. 19 cit. in Widerspruch, wie Windscheid a. a. O. Note 5 annimmt.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 205.

[5] Nov. 158 c. 1.

[6] l. 22 § 2 D. ex quib. caus. maior. (4. 6), l. 124 § 1 D. de R. I. (50. 17.)

[7] Z. B. der sub conditione eingesetzte Erbe vor der Erfüllung der Bedingung.

ist die Justinianische Transmission ausgeschlossen, weil er das ius deliberandi überhaupt nicht erworben hat. Ebenso verhält es sich, wenn er schon bei Lebzeiten seine Erbberechtigung und damit sein ius deliberandi verloren hat. Dieser Fall kann eintreten bei der Erbeinsetzung unter der conditio, daß der Instituirte den Antritt innerhalb einer bestimmten Frist erklärt. Hier erwirbt er sofort die Erbberechtigung und mit ihr das Wahlrecht zwischen Antritt und Repudiation, dieser Erwerb, also die Delation, wird nicht suspendirt, aber der Erbe macht ihn unter der resolutiven conditio facti, daß er die Wahl innerhalb der festgesetzten Frist trifft.[1] Stirbt er während der Antrittsfrist, so kann die transmissio Iustinianea nur eintreten, wenn auch die gesetzliche Frist für diese noch nicht abgelaufen ist.[2]

B. Auf andere Personen.

1. S. g. transmissio ex capite infantiae.*

§ 27.

Nach einer Constitution von Theodosius II. und Valentinian III. kann die einem Infans deferirte Erbschaft von seinem Parens als Stellvertreter angetreten werden, gleichviel ob er den

---

[1] Vgl. § 16 S. 136 Note 2.

[2] c. 19 § 1 cit . . . successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa. Manche Juristen nehmen an, daß im Fall einer vom Erblasser gesetzten Antrittsfrist, diese Transmission ganz wegfalle, Puchta § 504 Note n. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 326, Bd. 43 S. 224, der ursprünglich auch dieser Meinung war, hat sich später bekehrt zu der Ansicht v. Vangerow's a. a. O. S. 194, nach welcher die Transmission Anwendung finden soll, wenn die Antrittsfrist nicht als Bedingung gesetzt ist; so auch Wieding a. a. O. S. 63, Windscheid a. a. O. Note 6, Göring a. a. O. S. 178 Note 1. Diese Verfügung würde ein nudum praeceptum sein, vgl. § 16 S. 136.

* Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 199 ff., Leist in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 und 38 III. S. 14 ff., Göring a. a. O. S. 169 ff.

Infans noch in väterlicher Gewalt oder emancipirt hat; ſtirbt das Kind während der Infantia, bevor der Parens den Antritt erklärt hat, ſo ſoll die Delation auf den Vater transmittirt werden.[1]

Dieſe Transmiſſion nennt man heute transmissio ex capite infantiae. Sie macht, wie die Transmiſſionen auf die Erben, eine Ausnahme von der Regel, nach welcher beim Tode des Delaten, die ihm deferirte Erbportion durch Accrescenz an ſeine Miterben oder durch ſucceſſive Delation an ſeine Nacherben kommt (§ 22).[2] Dieſe Ausnahme hatte ihren Grund in dem Peculienrecht und in dem Inteſtaterbrecht, welches zur Zeit des Kaiſers Theodoſius in Geltung ſtand.

Nach dem damaligen[3] Peculienrecht beſaßen die Hauskinder eigenes Vermögen nur ſo lange ſie lebten. Ihr Vermögen war ſ. g. peculium adventicium: bei ihrem Tode fiel es iure peculii an ihren Vater, es war keine Erbſchaft.[4] Und nach dem damaligen Inteſtaterbrecht erhielt das Vermögen eines emancipirten Infans ausſchließlich ſein Vater.[5] Es fiel alſo dem Vater eine Erbſchaft, die er für ſeinen Infans angetreten hatte, bei deſſen Tode auf alle Fälle zu; deshalb war es billig, daß bei verſäumtem Antritt die Delation auf ihn transmittirt wurde, damit er nachträglich noch

---

[1] c. 18 pr. § 1. 3 i. f. C. de iure delib. (6. 30). Vgl. § 10. 11.

[2] Puchta, Pand. § 502 betrachtet alle Transmiſſionsfälle als Ausnahmen von der Regel, daß nur der die Erbſchaft erwerben kann, dem ſie deferirt iſt; vgl. auch Arndts, Pand. § 512. Allein dieſe Regel hat doch, ſoweit ſie richtig iſt, nur darin ihren Grund, daß ein Recht nur von dem im eigenen Namen ausgeübt werden kann, dem es zuſteht, und deshalb ausſchließlich von dem urſprünglich Berechtigten, wenn es unveräußerlich und unvererblich iſt.

[3] Die c. 18 cit. iſt vom Jahre 426.

[4] l. 2 D. de pec. castr. (49. 17). Vgl. Puchta Curſ. d. Inſt. Bd. 3 S. 130 ff. und mein Syſtem S. 18 ff.

[5] In dieſem Inteſtaterbrecht findet es ſeine Erklärung, daß der Vater ohne Gewalt über das Kind dem Vater, der die Gewalt hat, gleichgeſtellt iſt, c. 18 § 3 cit. Dies überſehen Windſcheid, Pand. § 601 Note 3, Brinz, Pand. § 195 S. 820. Vgl. über dieſes Inteſtaterbrecht mein Syſtem S. 8. 41 ff. 401 und Göring a. a. O. S. 172.

die Erbschaft ebenso erwerben könne, wie die schon für den Infans angetretene.[1]

Nach Justinianischem Recht fällt das Vermögen der Hauskinder beim Tode derselben nicht mehr iure peculii an den Vater, sondern wird eine Erbschaft, die sich nach der Intestaterbfolge der Novelle 118 vererbt; und nach dieser Intestaterbfolge wird zu der Erbschaft eines Infans, er mag in väterlicher Gewalt oder emancipirt sein, nicht blos sein Vater berufen, sondern neben diesem seine Mutter, seine vollbürtigen Geschwister und die Kinder von verstorbenen vollbürtigen Geschwistern. Mit diesen Veränderungen vertrug sich die transmissio ex capite infantiae nicht mehr. Justinian hat deshalb in seiner Constitution,[2] in welcher er die Vorschrift des Kaisers Theodosius, nach welcher der Vater die Erbberechtigung seines Infans als Stellvertreter ausüben kann, wiederholt, die frühere Transmission dieser Erbberechtigung auf den Vater nicht bestätigt. Er übergeht sie mit Stillschweigen, weil sie durch die inzwischen eingetretenen Rechtsveränderungen nothwendig aufgehoben war. Die herrschende Doctrin und Praxis betrachtet sie gleichwohl als noch geltendes Recht.[3]

---

[1] c. 18 § 1 cit. Sed si hoc parens neglexerit et si in memorata aetate infans decesserit. tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio quasi iam infanti quaesita capere. Die Schlußworte haben selbstverständlich nicht den Sinn: der Fall solle juristisch so behandelt werden, als ob der infans schon die Erbschaft erworben hätte, also als ob den Gegenstand der Transmission die erworbene Erbschaft, nicht die Erbberechtigung des Infans bilde, Leist a. a. O. S. 16. Eine solche „Fiction" ist in dem Gesetze nicht angeordnet, wie dies von Göring a. a. O. S. 174 angenommen wird. Es wird vielmehr auf Grund des Gesetzes die Erbberechtigung des Infans Bestandtheil seines Vermögens und kommt mit diesem beim Tode des Infans iure peculii bez. iure hereditario an den Vater. Der Vater kann daher die transmittirte deferirte Erbschaft ausschlagen, nachdem er die Erbschaft des Infans angetreten hat, und der Erblasser des Infans kann für denselben auch eine gewöhnliche Substitution anordnen, durch welche er dem Substituten den Vorzug vor dem Vater giebt (§ 23 S. 161 Note 2). Beides wäre bei der behaupteten Fiction unmöglich, Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 153.

[2] In c. 8 § 6 C. de bon. quae lib. (6. 61).

[3] Windscheid u. Brinz a. a. O. weil sie den Grund, aus welchem

2. S. g. transmissio ex iure patrio.*

§ 28.

Die Erbberechtigung eines willensfähigen Hauskindes kann nach Justinianischem Recht nicht von seinem Vater als Stellvertreter ausgeübt werden; das Hauskind muß selbst die Wahl zwischen Antritt und Repudiation der Erbschaft treffen.[1] Es soll aber, wenn das Hauskind repudiirt, während der Vater wegen seines Anspruchs auf den Nießbrauch den Antritt wünscht, die Erbschaft vom Vater angetreten werden können, als ob er von vornherein der berufene Erbe gewesen wäre.[2]

Auf Grund dieser Vorschrift spricht man von einer transmissio ex iure patrio.[3] Sie enthält eine Ausnahme von der

---

in der c. 18 cit. der Vater mit und ohne Gewalt einander gleichgestellt sind, nicht im Auge haben, Leist a. a. O. S. 15 Note 13, wie es scheint, aus demselben Grunde, Göring a. a. O. S. 174, obwohl er ihn im Auge hat, Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 153. Arndts, Pand. § 513 Anm. 1 will nach den Worten quasi iam infanti quaesita (S. 175 Note 1) das Gesetz im Sinn des Justinianischen Rechts so verstehen, daß der Vater nur dasselbe Recht an der später erworbenen Erbschaft haben solle, was ihm an der wirklich schon vom Kinde erworbenen Erbschaft zustehen würde, nur etwa nach l. 8 § 1. 2 C. de bon. quae lib. (6. 61) mit dem Zusatz, daß er die Erbschaft ganz für sich behalte, wenn die Erben des Kindes dieselbe ablehnen, was sich aber nach Nov. 118 c. 2 ohnehin ergebe, weil darnach der Vater zur Miterbschaft des Kindes berufen sei; vgl. oben § 11. Zugleich will Arndts a. a. O. diese Transmission ausdehnen auf das erwachsene in väterlicher Gewalt befindliche Kind, wenn durch Abwesenheit oder Wahnsinn der Erwerb der Erbschaft vor dem Tode desselben verhindert worden sei, auf Grund der l. 30 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Diese Stelle spricht von einer transmissio ex capite i. i. r. propter absentiam rei publicae causa (§ 24 S. 162 Note 3). Gegen diese Ausdehnung erklären sich Brinz a. a. O. S. 820, Windscheid a. a. O. Note 3 a. E.

* Vgl. die § 23* citirte Literatur.

[1] Vgl. § 10. 11.

[2] c. 8 pr. § 1 C. de bon. quae lib. (6. 61), . . . liberam habere licentiam et patrem ipsum sibi adire hereditatem recusante filio .... § 2 ... patri daada licentia adire hereditatem, ut ad ipsum perveniat pleno iure ..., quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus.

[3] Dieser Ausdruck wird von manchen Juristen auch identisch mit

Regel, daß die Repudiation des Delaten die Accrescenz für seine Miterben oder die successive Delation an seine Nacherben bewirkt, und zugleich eine Ausnahme von der Regel, daß die Delation durch die Repudiation untergeht:[1] der Vater succedirt hier in die Delation des Kindes trotz der Repudiation und hat deshalb das Recht die Erbschaft anzutreten quasi ipse ab initio heres fuisset institutus.[2]

Nach heutigem Recht kann diese Transmission nur noch bei einem großjährigen Hauskinde vorkommen. Für minderjährige Hauskinder gelten die deutschrechtlichen Grundsätze über die väterliche Vormundschaft; nach ihnen entscheidet der Vater, ob die seinem Hauskinde deferirte Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen werden soll.[3] Die heutige Doctrin läßt diese Abänderung des römischen Rechts unberücksichtigt.[4]

VI. Das Accrescenzrecht.*

1. Begriff und Voraussetzungen.

§ 29.

Das Accrescenz- oder Anwachsungsrecht (ius accrescendi) ist objectives, kein subjectives Recht. Es besteht aus

transmissio ex capite infantiae gebraucht, und der hier in Rede stehende Transmissionsfall ohne besondere Bezeichnung gelassen, Arndts, Pand. § 512. 513, Brinz, Pand. § 195.

[1] Vgl. § 20.

[2] Vgl. Arndts, Pand. § 512 Anm. 4.

[3] § 11.

[4] Vgl. Brinz, Pand. § 195 sub II. 1 u. Windscheid, Pand. § 601 sub 1, aber auch § 596, wo er die Abänderung des römischen Rechts verneint; s. oben § 11 S. 123 Note 2, § 12 S. 125 Note 6 a. E.

* C. 6. 10 quando non petentium partes petentibus accrescunt, 6. 51 de caducis tollendis. Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben nach röm. Recht (1829), Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen (1835), Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 243 ff. (1837), Dworzack, Beiträge zur Lehre vom ius accrescendi (1861), Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 420 ff. (1864), v. Bangerow, Pand. § 494 ff., Fitting, zur Lehre vom Anwachsungsrechte im Arch. f. civ. Pr. Bd. 57 S. 149 ff. (1874), Windscheid, Pand. § 603. 604.

Nach dem praktischen Zweck der Accrescenz bestimmen sich ihre Voraussetzungen und ihre Wirkungen. Auf beide kann auch der Wille des Erblassers einen Einfluß üben, aber mit dem praktischen Zweck der Accrescenz kann er sich nicht in Widerspruch setzen.

Wegen dieses Einflusses sind die Voraussetzungen der Accrescenz verschieden bei der gesetzlichen und bei der testamentarischen Erbfolge.

I. Bei der gesetzlichen Erbfolge liegen sie vor: wenn von den zusammen berufenen Erben einer oder einige als nascituri die Erbberechtigung an der reservirten Erbportion nicht erwerben, weil die Bedingung der lebenden Geburt deficirt,[1] oder wenn einer oder einige von ihnen durch Repudiation oder Tod ihre Erbberechtigung verlieren, sofern dadurch ihre Erbportion eine vacante wird.[2] Vor

commodum, auf Grund eines ihm zustehenden Anspruchs, sondern die Uebernahme eines periculum zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger, vgl. l. 33 D. de H. I. (28. 5) ... cum non prosit ei conditio quicquam existens (S. 183 Note 1); deshalb kann der Erbe die Accrescenz nicht von sich abwenden, und auch der Erblasser ihn nicht von ihr befreien (§ 30). Man kann also nicht sagen: nach dem Begriff der Universalsuccession wird von mehreren Erben jeder an und für sich zur ganzen Erbschaft berufen, sondern nur: nach diesem Begriff kann bei der gesetzlichen wie bei der testamentarischen Berufung die Erfolge nur in die ganze Erbschaft oder gar nicht Statt finden; daher muß sich die Delation wie die Acquisition eines Theilerben, wenn die mit berufenen Delaten wegfallen, auch auf deren Erbtheile erstrecken; vgl. v. Scheurl a. a. O. S. 112. Andere Ansichten über die Begründung des Accrescenzrechts bei Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 250 ff., Baron a. a. O. S. 429, Fitting a. a. O. S. 153 ff., Merkel, die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben S. 121 ff. (1876). Fitting stellt für das Anwachsungsrecht die Regel auf: wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht Erbe werde, sei Alles juristisch so zu behandeln, als wäre er nie vorhanden gewesen. Diese Regel würde, auch wenn sie nicht auf einem Irrthum beruhte, (§ 4 S. 82 Note 3 ff.) keine Auskunft über den Grund des Accrescenzrechts geben. Merkel will das Anwachsungsrecht unter Testamenserben aus der Regel: nemo pro parte testatus etc., und für Intestaterben aus der Regel, daß der Erblasser nicht theilweise unbeerbt bleiben könne, herleiten. Die erste Regel ist in der That mit der Regel des Anwachsungsrechts identisch und bedarf deshalb wie die zweite selbst der Begründung, die Einsicht in den praktischen Grund des Accrescenzrechts voraussetzt. — Die neueste Untersuchung über den Grund des Accrescenzrechts von Hofmann, Krit. Studien im röm. R. S. 57 ff. (1885) ging mir erst bei der Correctur dieses Bogens zu.

[1] l. 3. 4 D. si pars her. pet. (5. 4). Vgl. § 4 S. 80 ff.

[2] Vgl. die § 20 S. 159 Note 2 citirten Stellen.

der succeſſiven Delation hat die Accrescenz den Vorzug,[1] aber die Transmiſſion auf die Erben des Delaten geht der Accrescenz vor.[2] Hier kann die Erbportion den Erbportionen der Miterben nur noch accresciren, wenn ſie durch Repudiation oder Tod des Transmiſſars vacant wird. Bei der Inteſtaterbfolge tritt alſo nur eine Accrescenz wegen Vacanz reſervirter oder deferirter Erbportionen ein.

II. Bei der teſtamentariſchen Erbfolge können alle Erbportionen accresciren, die zu den nicht erworbenen zählen. Bei ihr exiſtiren deshalb die Vorausſetzungen der Accrescenz in folgenden beiden Fällen:[3]

1) Wenn eine Erbportion vacant iſt, gleichviel aus welchem Grunde: ob ſie vom Teſtator überhaupt nicht vergabt,[4] oder ob ſie von ihm an eine Perſon vergabt iſt, die ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung todt oder erbunfähig war,[5] ob die Erbeinſetzung ſchon bei Lebzeiten des Teſtators hinfällig geworden iſt, weil die ihr hinzugefügte Bedingung deficirte, oder weil der Inſtituirte ſtarb,[6] oder ob nach dem Tode des Teſtators die Delation an den Inſtituirten wegen Deficienz der Bedingung, wegen Incapacität oder wegen Verluſt der Erbfähigkeit nicht eingetreten,[7] oder zwar eingetreten, aber durch

[1] Aus dem in § 20 dargelegten Grunde. Die Fälle, wo die Accrescenz der ſucceſſiven Delation vorgeht und die abweichenden Anſichten gehören in die Lehre von der Inteſtaterbfolge.

[2] c. un. § 5 C. caduc. toll. (6. 51).

[3] Durch die lex Iulia et Papia Poppaea war das Accrescenzrecht bei der teſtamentariſchen Erbfolge faſt ganz ausgeſchloſſen: abgeſehen von wenigen Ausnahmen trat an die Stelle deſſelben die caducorum vindicatio des Fiscus, Gaius II. 206. 207, Ulpian. XVII. 2, XVIII. In der c. un. C. de cad. toll. hob Juſtinian das Recht der lex Iulia et P. P. auf. Dieſe Conſtitution iſt erſt nach Publication der Pandekten erlaſſen. Gleichwohl iſt auf Anordnung Juſtinians nichts mehr über die caduca in die Pandekten aufgenommen worden, wie er in c. 2 § 6, c. 3 § 6 C. de vet. iur en. (1. 17) erklärt; dies iſt bei der Auslegung von Pandektenſtellen zu berückſichtigen. Die Literatur über das alte Recht bei v. Vangerow a. a. O. § 496, Windſcheid, Pand. § 604 Note 1.

[4] l. 13 § 3 D. de H. I. (28. 5). Vgl. Einleit. S. 16 Note 4.

[5] l. 20 § 1. 2 D. eod., c. un. § 2. 3 C. de cad. toll. (6. 51). Vgl. Einleit. S. 16 Note 5.

[6] Vgl. c. un. § 2—4 C. eod.

[7] l. 31 D. de A. v. O. H. (29. 2). Vgl. Einleit. S. 16 Note 3, und § 3 S. 65 ff.

Tod oder Repudiation wieder aufgehoben ist.[1] Den Vorzug vor der Accrescenz hat aber hier nicht blos die Transmission auf die Erben des Delaten,[2] sondern auch die successive Delation an den Substituten,[3] den der Testator auch dem Transmissar vorziehen kann.[4] Zur Accrescenz für die Miterben kommt es in diesen Fällen nur, wenn noch beim Transmissar oder Substituten die Vacanz der Erbportion durch Repudiation oder Tod herbeigeführt wird.[5]

2) Wenn nach den Erbeinsetzungen, die der Testator gemacht hat, durch den Erwerb einer Erbportion die Gefahr der Vacanz für eine andere oder für die übrigen Erbportionen entsteht. Hier tritt, um der Gefahr zu begegnen, die Accrescenz ein im Moment, wo die Gefahr eintritt. Diese Gefahr setzt voraus, daß der Testator den einzigen Erben oder einen Miterben auf mehrere Portionen instituirt, und dieser eine oder einige dieser Portionen erworben hat; im Uebrigen kann sie nach Beschaffenheit des Falls durch die Delation der andern Erbportionen bedingt sein, oder auch schon vor derselben existiren.

a) Wenn der einzige Erbe, der auf mehrere Erbportionen pure instituirt ist, eine von ihnen antritt, so accresciren ihr sofort die übrigen, auch die, für welche ein Substitut ernannt ist.[6] Es existirt hier sofort die Gefahr, daß der Erbe sie repudiirt, bez. daß sie in Folge seiner Repudiation durch die Repudiation des Substituten oder durch dessen Tod während der Delation vacant werden.

---

[1] l. 60 § 3 D. de H. I. (28. 5), l. 2 D. si pars hered. (5. 4), c. un. C. quando non pet. part. (6. 10). Nach den citirten Stellen kann darüber kein Zweifel sein, daß im Justinianischen Recht nicht blos bei vacant gewordenen deferirten Erbportionen die eigentliche Accrescenz eintritt, wie v. Vangerow a. a. O. § 494 z. A. u. A. behaupten, sondern auch bei Erbportionen, die der Testator nicht vertheilte, die pro non scripto gelten, und die im vorjustinianischen Recht „quasikaduke" waren, Mühlenbruch a. a. O. S. 246 ff., Brinz a. a. O. S. 826, Windscheid a. a. O. § 603 Note 6 a. E.

[2] c. un. § 5 C. de cad. toll. (6. 51).

[3] c. un. § 3. 4. 7 C. eod.

[4] Vgl. § 23 S. 161 Note 2.

[5] l. 2 § 8 D. de B. P. s. t. (37. 11).

[6] l. 80 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum nec interest, in quibusdam habeam substitutum necne.

Deshalb muß durch die Accrescenz die Delation des Erben aufgehoben und dadurch seine Repudiation unmöglich gemacht werden: denn eine Erbportion, die er gültig repudiirt hätte, könnte ihm, wenn sie beim Substituten vacant wird, nicht mehr accresciren. Hat der Testator den einzigen Erben auf die eine Hälfte der Erbschaft pure, auf die andere sub conditione eingesetzt, so accrescirt diese schon pendente conditione im Moment, wo er jene antritt, also schon vor der Delation. Es besteht hier sofort die Gefahr, daß sie durch Deficienz der Bedingung, oder im Fall der Existenz durch Repudiation des Erben oder durch seinen Tod während der Delation vacant wird. Diese Gefahr läßt sich nur durch Accrescenz pendente conditione ausschließen.[1] Ist aber für den bedingten Erbtheil ein Substitut ernannt, so muß die Accrescenz in suspenso bleiben, bis sich entscheidet, ob dieser Erbtheil durch die Existenz der Bedingung an den institutus, oder durch Deficienz der Bedingung an den substitutus fällt, und ob dieser ihn erwirbt oder nicht. Dort muß die Delation an den institutus, mit der sich die Gefahr der Vacanz verbindet, durch die Accrescenz dieses Erbtheils beseitigt werden, hier muß die Accrescenz für den institutus eintreten, wenn der Erbtheil beim substitutus durch Untergang der Delation vacant geworden ist. Und wenn der institutus während der Pendenz der Bedingung gestorben ist, so muß der Erbtheil in beiden Fällen seinen Erben accresciren nach dem Satze: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.[2]

---

[1] l. 33 D. de H. I. (28. 5) Si quis ita scripserit: Titius ex parte dimidia heres esto; idem Titius ex altera parte dimidia, si navis ex Asia venerit, heres esto, cum ex pura institutione adierit heres, quamvis conditio alterius institutionis pendeat, ex asse fit heres, scilicet etiam conditione deficiente, cum non prosit ei conditio quicquam existens: quippe cum non dubitetur, quin, si quis ex parte dimidia heres institutus sit nec praeterea quisquam alius, ipse ex asse heres institui videatur.

[2] l. 52 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2) Qui ex parte heres institutus est pure, ex parte sub conditione solus, etiam pendente conditione, si adierit hereditatem, ex asse heres erit, quia solus heres futurus est omnimodo, nisi habeat in conditionalem partem substitutum. l. 53 pr. Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit posteaque conditio extiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet. Es bedarf

b) Hat der Teſtator einen Miterben auf mehrere Erbportionen pure inſtituirt, ſo bewirkt der Antritt einer dieſer Erbportionen ebenfalls, daß die übrigen accresciren, auch die, für welche der Miterbe Subſtituten hat.[1] Könnte er ſie repudiiren, ſo müßten ſie, wenn ſie durch ſeine Repudiation oder durch die des Subſtituten nicht vacant werden ſollen, an Stelle des berufenen den nichtberufenen Miterben accresciren, und ſelbſt dieſe unbillige Accrescenz würde die Vacanz nicht hindern, wenn die Miterben noch Delaten wären, die ſich durch Repudiation der Erbſchaft entziehen könnten. Anders geſtaltet ſich das Verhältniß bei einem Miterben, der auf eine Erbportion pure, auf eine andere sub conditione eingeſetzt iſt. Hier beſteht in derſelben Weiſe, wie bei dem einzigen Erben, der ſo inſtituirt iſt, die Gefahr, daß die bedingte Erbportion durch Deficienz der Bedingung, oder im Fall der Exiſtenz durch Repudiation oder Tod des Miterben vacant wird. Demungeachtet läßt ſich die Gefahr in dieſem Fall ebenſowenig durch Accrescenz pendente conditione beſeitigen, wie da, wo für den bedingten Erbtheil ein Subſtitut ernannt iſt. Es kommt in Betracht, ob die Berufung des Erben auf die bedingte Erbportion durch die Exiſtenz der Bedingung perfect, oder durch die Deficienz der Bedingung unwirkſam wird. Dort kann dieſe Erbportion, weil ſie nur ihm deferirt werden könnte, auch nur ihm accresciren,[2] um die Gefahr

---

keiner weiteren Ausführung, daß hier nicht posteaquam ſtatt posteaque zu leſen iſt, oder wie Mommsen Dig. I. p. 882 will: si ... adierit et decesserit posteaque ..., und daß die Stelle nicht auf den Fall zu beziehen iſt, wo der Teſtator mehrere Erben eingeſetzt hat, wie Arndts, Pand. § 517 Anm. 4 a. E., Brinz a. a. O. § 199 S. 837 u. A. annehmen; ſ. dagegen Fuchs, über Erwerbung mehrerer Erbportionen im Arch. f. civ. Pr. Bd. 39 S. 241. Die Stelle ſteht deshalb nicht, wie man behauptet hat, in Widerſpruch mit l. 60 § 6 D. de H. I. (28. 5), ſ. S. 185 Note 1. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 150 ff.

[1] l. 80 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Idem puto etiam, si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem omnes acquiro, si tamen delatae sunt. Vgl. das voraufgehende pr. in Note 6 auf S. 182.

[2] l. 60 § 5 D. de H. I. (28. 5). Titius ex semisse heres esto; Seius ex quadrante heres esto; Titius si in Capitolium ascenderit, ex alio quadrante heres esto. Antequam Capitolium ascendat si pro herede

der Vacanz, die durch die Delation entstände, zu beseitigen; hier dagegen, wo er, weil seine Berufung auf diese Portion erlischt, seinen nicht auf sie berufenen Miterben gleichsteht, muß die Accrescenz zu jenem Zweck für ihn und die Miterben eintreten. Die Quote, die ihm danach gebührt, erhält er also auf alle Fälle, die Bedingung mag sich erfüllen oder nicht. Daher ist ihm diese Quote in der That überhaupt nicht sub conditione zugewandt und folgeweise von ihm schon zugleich mit der pure hinterlassenen Erbportion erworben. Nur für den Rest ist die Accrescenz während der Pendenz der Bedingung für ihn und die Miterben in suspenso. Stirbt er vor dem Eintritt der Bedingung, so beschränkt sich die Accrescenz auf seine Miterben; seine Erben können an derselben nicht participiren, weil bedingte Erbeinsetzungen durch den Tod des Instituirten pendente conditione ihre Wirksamkeit verlieren.[1] Nur wenn er keine Miterben hat, accrescirt auch die bedingte Erbportion seinen Erben.[2] Das Gesagte gilt auch für den Fall, wo der Erbe auf eine Erbportion pure instituirt und auf eine andere substituirt ist, weil Substitutionen bedingte Erbeinsetzungen sind.[3]

Unter den beiden dargelegten Voraussetzungen kommt heute das Accrescenzrecht auf jedes Testament zur Anwendung. Die

---

gerat, ex semisse heres erit; si Capitolium ascenderit, et ex quadrante heres erit, nec erit ei necesse pro herede gerere, quippe iam heredi.

[1] l. 60 § 6 D. eod. Si ita scriptum fuerit: Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto; Titius si intra tertias Kalendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto: videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit: nam duo heredes instituti sunt, sed Titius aut ex semisse aut ex besse: ita sextans utique erit in pendenti et, si conditio extiterit, ex besse heres erit, si non extiterit, ille sextans Maevio accrescet. Sed si decesserit Titius, antequam conditio existat, deinde conditio extiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio accrescet: nam cum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit nec potest intelligi datus ei qui tempore dandi in rerum natura non fuit.

[2] Vgl. S. 183 Note 3.

[3] l. 35 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 76 pr., l. 81 D. eod., c. 6 C. de imp. et al. subst. (6. 26). Ueber l. 76 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2) vgl. § 6 S. 100 Note 3.

Ausnahme, welche das römische Recht beim Soldatentestament macht, hat bei uns ihre Geltung durch das Reichsmilitärgesetz verloren.[1]

2. Wirkungen.

§ 30.

Nach seinem Zweck, Vacanzen nicht erworbener Erbportionen im Interesse der Erbschaftsgläubiger zu verhüten, gehört das ius accrescendi dem ius cogens an. Der Erblasser kann deshalb die Accrescenz nicht verbieten, weil er seinen letzten Willen nicht sine observatione legum errichten kann,[2] und der Erbe muß sich die Accrescenz gefallen lassen, weil sie ipso iure ohne sein Wissen und Wollen erfolgt.[3] Die Erklärung des Testators, daß die Accrescenz nicht Statt finden solle, ist, da das Gesetz sie fordert, nichtig; er kann nur den Versuch machen, sie durch Anordnung von Substitutionen auszuschließen, oder durch die Bestimmung, daß die zuwachsende Portion als Universalfideicommiß an die Intestaterben restituirt werden soll, aber das bloße Verbot der Accrescenz enthält keine stillschweigende Erklärung dieser Dispositon.[4] Ebenso ist die Repudiation der anwachsenden Portion nichtig, weil es an ihr kein Deliberationsrecht giebt. Der bedingt berufene Erbe kann sie nicht repudiiren, weil er erst durch den Eintritt der Bedingung Delat wird, und als Delat kann er nur seine ursprüngliche und die anwachsende Portion zusammen repudiiren oder agnosciren, aber nicht die eine ausschlagen und die andere antreten.[5] Hat er aber seine ursprüngliche Portion bereits erworben, so ist dadurch das Deliberationsrecht auch für die anwachsende Portion erloschen: die Accrescenz geschieht jetzt

---

[1] Vgl. § 3 S. 65 Note 3, § 5 S. 93 Note 1.

[2] Vgl. § 5 S. 93 Note 1.

[3] l. 2 § 8 D. de B. P. s. t. (37. 11) ... ipso iure ei accrescet .. l. 31 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... licet heres ignoret. l. 60 § 5 D. de H. I. (28. 5) ... nec erit ei necesse pro herede gerere ... l. 76 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2).

[4] v. Vangerow a. a. O. § 494 Anm. sub 1.

[5] l. 1. 2 D. de A. v. O. H. (29. 2).

gegen seinen Willen,[1] und wenn der Accrescenzfall erst nach seinem Tode eintritt, auch gegen den Willen seines Erben, auf den zugleich mit seiner Erbportion das Periculum der Accrescenz übergeht.[2] Gegen dieses Periculum kann sich der Erbe wie der Erbeserbe nur durch den Antritt der Erbschaft cum beneficio inventarii schützen.

Die Accrescenz erfolgt also mit verschiedener Wirkung, je nachdem sie für bedingt hinterlassene, für deferirte oder für acquirirte Erbportionen eintritt; nur die von einem suus acquirirten Erbportionen stehen den deferirten gleich, weil der suus durch das beneficium abstinendi bis zur Entscheidung über die Abstinenz der Sache noch dasselbe Wahl- und Deliberationsrecht wie der

---

[1] c. un. § 10 C. de cad. toll. (6. 51) ... et nolentibus ipso iure accrescat, si suas portiones iam agnoverit, cum sit absurdum eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere, secundum quod et in divinis nostri numinis decisionibus statutum est. l. 35 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) Si quis heres ... pro herede gesserit ... invito quoque ei accrescit portio. l. 53 § 1 D. eod. Qui semel aliqua ex parte heres extitit, ... tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt.

[2] l. 26 § 1 D. de cond. et dem. (35. 1) ... cum alter pure, alter sub conditione heres scriptus est, pars ... hereditatis deficiente conditione accrescit etiam heredi eius, cui pure ... hereditas data est, si tamen hereditas eius adita fuerit. l. 9 D. de suis et leg. her. (38. 16), c. un. § 10 C. de cad. toll. (6. 51); vgl. l. 38 D. de A. v. O. H. (29. 2). Wegen dieser Accrescenz in der Person des Erbeserben stellt die heutige Doctrin nach der Ausdrucksweise in l. 33 § 1 D. de usufr. (7. 1) den Satz auf: portio portioni accrescit, v. Vangerow a. a. O. sub 4, Brinz a. a. O. § 196 S. 828, Windscheid a. a. O. § 603 Note 4. Der Satz soll also gleichbedeutend sein mit portio portioni acquisitae accrescit. In dieser Beschränkung ist er aber falsch: die Accrescenz tritt auch für deferirte und für bedingt hinterlassene Erbportionen ein, die, wenn sie vacant werden, ebenfalls mit der zugewachsenen Portion durch successive Delation oder Accrescenz an andere Personen kommen, nur nicht durch Vererbung, weil sie unvererblich sind. Falsch ist ferner auch die Schlußfolgerung aus jenem Satz, die Accrescenz für die erworbene Portion trete in der Person des Erben nur so lange ein, als er die Portion habe, dagegen in der Person seines Nachfolgers, wenn er sie als Universalvermächtniß restituirt oder an einen Andern veräußert habe (S. 188 ff.): denn durch diese Restitution oder Veräußerung hört er nicht auf, der Erbe auf diese Portion zu sein: semel heres, semper heres.

extraneus hat.[1] Ueberall aber accresciren die nicht erworbenen Erbportionen, si non fuit evidens diversa voluntas defuncti, mit den Lasten,[2] die gültig vom Erblasser auf sie gelegt sind.[3]

Hat der Erbe seine ursprüngliche Portion nach dem Erwerbe an einen Andern veräußert, oder als Universalfideicommiß restituirt, so hört er dadurch nicht auf der Universalsuccessor des Erblassers zu sein,[4] der auf diese ursprüngliche Portion nur beschränkt bleiben kann, wenn für die übrigen Portionen Miterben da sind. Die von diesen nicht erworbenen Erbportionen können also nur ihm accresciren, nicht dem Universalfideicommissar, oder dem Käufer, Beschenkten u. s. w., an den er seine Erbportion veräußert hat.[5]

---

[1] Vgl. § 31.

[2] l. 74 D. de leg. (30), c. un. § 10 C. de cad. toll. (6. 51) ... hoc, quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, etiamsi iam defuncti sunt, acquiratur. l. 61 § 1 D. de leg. (31) ... cum suo onere consequetur accrescentem portionem. Seuffert, Arch. I. Nr. 266.

[3] Ob die belastete Erbportion gültig hinterlassen ist oder pro non scripta gilt, kommt nicht in Betracht. Nach c. un. § 9 C. de cad. toll. (6. 51) soll von der Accrescenz cum onere nur dann eine Ausnahme eintreten, wenn das onus in einem facere besteht und talis est verborum conceptio et facti natura, ut quod relictum est ab alio impleri non possit. Nach dem ius antiquum vor der lex Iulia et Papia Poppaea brauchte der Miterbe das onus nicht anzuerkennen, wenn die belastete Portion für nicht geschrieben gilt, abgesehen von Ausnahmen beim SC. Libonianum und bei einem Fideicommiß der Freiheit l. 5 D. de his quae pro non scripto (34. 8), l. 14 § 1 D. ad leg. Corn. (48. 10), l. 26 § 6 D. de fideic. lib. (40. 5). Es wird von manchen Juristen behauptet, Justinian habe für diesen Fall das ius antiquum unverändert stehen lassen, v. Vangerow, Pand. § 496 Anm. 3 sub V, Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 265. Die c. un. cit. § 3 und § 9 i. f., auf die man sich stützt, sprechen nicht von belasteten Erbportionen, sondern von belasteten Vermächtnissen und zwar von solchen, die beim Onerirten bleiben, Franke, Beiträge S. 121 ff., Arndts in Glück's Comment. Bd. 47 S. 270 ff., Windscheid a. a. O. Note 12.

[4] § 3 I. de fideic. hered. (2. 23).

[5] Man streitet darüber; es giebt folgende Ansichten: 1) die Accrescenz trete unmittelbar für den Universalfideicommissar, für den Käufer ꝛc. ein, vgl. Gebr. Overbeck, Meditat. I. 8 S. 49 ff.: diese Ansicht wird begründet durch den Satz portio portioni accrescit (S. 187 N. 2); 2) die

Die Frage, ob von ihm die zugewachsene Portion an diese Personen herauszugeben ist, kann nur nach der Intention entschieden werden, mit welcher das Universalfideicommiß errichtet bez. die Erbportion veräußert wurde. Präsumtionen für diese Intention giebt es nicht. Die Frage ist also eine reine Interpretationsfrage. Nur beim Universalfideicommiß ist sie dies nicht, wenn der Fiduciar zum Antritt gezwungen wurde: hier soll er weder Vortheil noch Nachtheil von der Erbschaft haben,[1] deshalb geht die zugewachsene Portion von ihm auf den Fideicommissar über, ohne daß dazu noch eine neue Restitution und Agnition erforderlich ist.[2] Beim freiwilligen Antritt des Fiduciars ist aber die Absicht des Erblassers maßgebend, und eventuell der Erwerb der zugewachsenen Portion durch den Fideicommissar von einer neuen Agnition desselben abhängig, so daß er sich vor Nachtheil schützen kann.[3]

Der Erblasser kann dem Fiduciar die Auflage machen, daß

Accrescenz trete nach diesem Satze nur für den Universalfideicommissar ein, nicht für den Käufer ꝛc., weil dieser nicht heredis loco sei, oder, wie die Glosse meint, sie erfolge unmittelbar für den Universalfideicommissar nur dann, wenn der Accrescenzfall erst nach der Restitution des Fideicommisses eintrete; vgl. Brinz a. a. O. S. 828 ff.; 3) die Accrescenz trete stets nur für den Erben ein, es könne sich daher nur fragen, ob er die anwachsende Portion zu restituiren habe; einige Vertreter dieser Ansicht wollen die Frage im Zweifel verneint wissen, vgl. Mommsen, Erörter. aus d. Obligationenr. I. S. 67—75, Windscheid, Pand. § 603 Note 14, andere gelangen zu dem entgegengesetzten Resultat, vgl. v. Jhering, Abhandl. a. d. röm. R. S. 9 ff., v. Vangerow a. a. O. S. sub 5. 6, Avenarius, der Erbschaftskauf im röm. Recht der S. 58 ff., der hinsichtlich der Veräußerung der Erbportion eine Uebersicht über die Vertreter der verschiedenen Ansichten giebt und diese einer eingehenden Prüfung unterzieht, Steinlechner, das Wesen der iuris communio S. 127 ff. und namentlich auch Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. Bd. 6 S. 335 ff. Die l. 44 D. ad SC. Treb. (36. 1) u. l. 83 D. de A. v. O. H. (29. 2), aus welchen man die Restitutionspflicht des Fiduciars herleitet, beweisen dieselbe nicht. Der Sinn der ersten Stelle ergiebt sich aus der nachfolgenden Ausführung und über die zweite Stelle vgl. § 19 S. 156 Note 4.

[1] § 7 i. f. I. de fideic. her. (2. 23).

[2] l. 44 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[3] Er haftet den Erbschaftsgläubigern in demselben Umfange, wie ihnen der Fiduciar gehaftet haben würde, also nicht blos bis zum Betrage der erbschaftlichen Activa, wenn der Fiduciar nicht cum beneficio inventarii angetreten hat, § 4. 7 I. de fideic. her. (2. 23).

er von seiner Erbportion eine Quote als Universalvermächtniß restituiren und zu der andern Quote Erbe bleiben soll.[1] Wenn ihm hier eine Erbportion zuwächst, so würde er, wie auf der Hand liegt, diese ganz oder theilweise nur restituiren müssen, falls der Erblasser dies angeordnet hat; diese Anordnung muß aber verneint werden, wenn die Erklärung für dieselbe fehlt, präsumiren läßt sie sich nicht. Existirt aber diese Erklärung, so wird durch sie ein zweites Universalvermächtniß angeordnet, aus welchem die zuwachsende Portion, weil sie kein integrirender Theil der ursprünglich vermachten Portion ist,[2] dem Fideicommissar von Neuem deferirt wird und von Neuem restituirt werden muß, wenn er sie nicht repudiirt: der Universalfideicommissar dem mehrere Vermächtnisse hinterlassen sind, kann das eine annehmen und das andere ausschlagen, weil hier die repudiirte Erbschaftsquote nicht vacant wird, sondern beim Fiduciar bleibt.[3] Ganz ebenso verhält es sich nothwendig, wenn der Fiduciar nach dem Willen des Erblassers seine ganze Erbportion und später auch die etwa zuwachsende Portion als Fideicommiß restituiren soll. Ob dies aber der Wille des Erblassers war, oder ob nach seinem Willen die zuwachsende Portion dem Fiduciar verbleiben soll, kann nur durch Interpretation festgestellt werden.

Die Veräußerung seiner Erbportion kann der Erbe nach Rechtsvorschrift nur auf dem Wege der Singularsuccession bewirken, also nur mit der Verpflichtung, die Activa nach Abzug der Schulden an den Käufer, Beschenkten u. s. w. herauszugeben.[4] Diese Verpflichtung kann er in dem Veräußerungsgeschäft auf seine

[1] c. 2 C. ad SC. Treb. (6. 49).

[2] Sie ist ebensowenig ein integrirender Theil der ursprünglichen Portion des Fiduciars, wie diese Portion ein integrirender Theil der Erbschaft ist. Ueber integrirende Theile eines Ganzen kann man keine selbständigen Verfügungen treffen. Wäre die ursprüngliche Erbportion des Fiduciars ein selbständiger Theil und die zuwachsende ein integrirender Theil derselben so müßte die Accrescenz unmittelbar für den Fideicommissar auch gegen den Willen des Erblassers eintreten, wie Brinz a. a. O. annimmt, die bloße Restitutionspflicht ließe sich daraus nicht ableiten, wie es z. B. von v. Vangerow a. a. O. geschieht.

[3] l. 5 pr. D. de leg. (31).

[4] l. 72 pr. D. de iure dot. (23. 3). Vgl. § 1 S. 41 Note 3.

ursprüngliche Portion beschränken oder auch auf die künftig noch etwa zuwachsende Portion ausdehnen; nothwendig ist aber diese Ausdehnung nicht, weil die zuwachsende Portion kein integrirender Theil der ursprünglichen ist. Die Frage, ob die zuwachsende Portion restituirt werden muß, ist also auch hier eine reine Interpretationsfrage.[1]

Es gilt hiernach, abgesehen von dem Fall des zum Antritt gezwungenen Fiduciars, in Uebereinstimmung mit dem Begriff der Universalsuccession ausnahmlos der Satz: portio heredi v. heredi heredis accrescit. Der heute übliche Satz: portio portioni accrescit[2] läßt sich nur in dem Sinn aufstellen, daß die von einem Erben nicht erworbene Erbportion den Miterben nach Proportion der Größe ihrer Erbportionen accrescirt (pro portionibus hereditariis), und daß die Quote, die demgemäß jeder Erbportion zuwächst, mit dieser zusammen Eine Erbportion bildet. Der Regel nach tritt die Accrescenz in dieser Weise für alle Miterben ein,[3] gleichviel ob ihre Erbportionen bereits acquirirte sind, oder deferirte oder bedingt hinterlassene, die bei Deficienz der Bedingung, wie die deferirten beim Untergang der Delation, mit der zugewachsenen Portion selbst accresciren, soweit nicht Transmission oder successive Delation Platz greift. Es giebt aber auch Fälle bei der gesetzlichen wie bei der testamentarischen Erbfolge, wo eine nicht erworbene Erbportion nicht allen andern Miterben accrescirt, sondern nur einem oder nur einigen mit Ausschluß der übrigen.

1) Bei der Intestaterbfolge kommt es zu dieser beschränkten Accrescenz, wo die Theilung der Erbschaft nach Stämmen oder nach Linien erfolgt. Hier werden die zu einem Stamm oder einer Linie gehörigen Personen wegen dieser ihrer natürlichen Verbindung mit einander zu dem auf sie fallenden Stamm- oder Linientheil zunächst in der Weise ausschließlich berufen, daß die vacante Quote eines Stamm- oder Liniengenossen nur den demselben Stamm oder derselben Linie Angehörigen oder deren Erben accres-

---

[1] l. 2 § 1 D. de H. v. A. V. (18. 4).

[2] Vgl. S. 187 Note 2.

[3] l. 13 § 3, l. 60 § 3 D. de H. I. (28. 5), c. un. § 10 C. de cad. toll. (6. 51).

cirt. Erst wenn sämmtliche Stamm- oder Liniengenossen weggefallen sind, ohne ihre Quoten zu erwerben, accrescirt ihr Stamm- oder Linientheil den übrigen Stammtheilen, bez. dem andern Linientheil. Die auf einen Stamm- oder einen Linientheil berufenen Personen gelten bei der Erbtheilung für einen Kopf.[1]

2) Bei der testamentarischen Erbfolge läßt sich das Familienband nachbilden. Wie die natürliche Familie aus näheren und entfernteren Gliedern besteht und bei der Intestaterbfolge, wenn jene wegfallen, die Erbschaft an diese gelangt, so kann der Erblasser sich durch Vulgarsubstitutionen im Testament mit gleicher Wirkung einen näheren und entfernteren Familienkreis auch künstlich gestalten;[2] und wie die Natur die Familienglieder zu Stämmen und Linien vereinigt, so kann auch der Erblasser instituirte Erben gleichsam zu Stämmen oder Linien mit einander verbinden, um ihnen bei der testamentarischen Erbfolge dieselbe Stellung zu geben, welche bei der Intestaterbfolge die natürlichen Familienglieder haben. Diese Verbindung (coniunctio) setzt nicht die ausdrückliche Erklärung des Erblassers voraus, daß die von ihm bezeichneten Erben behandelt werden sollen wie Stammgenossen bei der Intestaterbfolge;[3] er kann sie auch stillschweigend durch eine einheitliche Erbeinsetzung anordnen.[4] Nach der verschiedenen Art und Weise, in welcher dies möglich ist, unterscheiden die Quellen: verbis tantum coniuncti, re tantum coniuncti und re et verbis coniuncti.[5]

Verbis tantum coniuncti sind mehrere Erben, die in demselben Satze, aber nicht zusammen auf denselben Erbtheil eingesetzt sind. Bei dieser Verbindung sind sie, weil jedem von ihnen sein besonderer Erbtheil zugewiesen ist, nicht in unum corpus redacti. Deshalb läßt sich aus ihr nicht der Wille des Erblassers schließen,

---

[1] l. 12 pr. D. de B. P. c. t. (37. 4). l. 5 § 2 D. si tub. test. null. l. 1 § 12 D. de coni. cum emanc. est. (38. 6). lib. eius (37. 8).

[2] pr. J. de V. S. (2. 15).

[3] l. 80 D. de leg. (32) Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari, hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.

[4] c. un. § 10 C. de cad. toll. (6. 51) . . . coniuncti propter unitatem sermonis in unum corpus redacti sunt.

[5] l. 142 D. de V. S. (50. 16).

daß der vacante Erbtheil eines coniunctus nur den übrigen coniuncti, nicht auch den disiuncti accresciren ſoll. Sie übt daher auf die Accrescenz keinen Einfluß aus.[1] Als re tantum coniuncti werden mehrere Erben bezeichnet, die der Erblaſſer nicht in demſelben Satze, aber auf denſelben Erbtheil eingeſetzt hat, gleichviel ob mit[2] oder ohne ausdrückliche Bezeichnung dieſes Erbtheils;[3] und re et verbis coniuncti heißen ſie, wenn ſie auf den-

[1] l. 67 D. de H. I. (28. 5). Si ita quis heredes instituerit: Titius heres esto, Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto, quamvis et syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur. Vgl. l. 89 D. de leg. (32). Es wird von manchen Juriſten behauptet, daß die l. 67 cit. nicht das Juſtinianiſche Recht enthalte. In der c. un. § 10 C. de cad. toll. (6. 51) habe Juſtinian aus dem Recht der lex Iulia et P. P. den Satz aufgenommen, nach welchem nur die Verbalconjunction ein Vorzugsrecht bei der Accrescenz gewährte: denn nach den Worten propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt in § 10 cit., ſei hier von verbis coniuncti die Rede. In der That ergiebt ſich aus dem Schluß des § verb. Haec ita tam varie — accipiunt, daß Juſtinian unter coniuncti nur re coniuncti und re et verbis coniuncti verſteht, weil er nur von ihnen ſagen konnte: partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant als quasi in unum corpus redacti; vgl. über dieſen Streit v. Vangerow a. a. O. § 496 S. 325, Windſcheid a. a. O. § 604 Note 3.

[2] l. 142 i. f. D. de V. S. (50. 16) .. L. Titius ex parte dimidia heres esto; Seius ex parte, qua L. Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto. Iulianus dubitari posse, tres semisses facti sint an Titius in eundem semissem cum G. Seio institutus sit. Sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse in eundum semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse. l. 15 pr. D. de H. I. (28. 5).

[3] l. 64 D. eod. Heredes sine partibus utrum coniunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex coniunctis decessit, non ad omnes, sed ad reliquos qui coniuncti erant pertinet, sin autem ex separatis ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio eius pertinet. Die Intention des Teſtators kann aber auch eine andere ſein. Daher heißt es in l. 17 § 1 D. eod. ... et variat, sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto: nam quantum ad ius accrescendi non sunt coniuncti, qui sine parte instituuntur. Es bedarf alſo hinſichtlich dieſer beiden Stellen keiner Vereinigungsverſuche, vgl. v. Vangerow a. a. O. Anm. 3 sub IV.

ſelben Erbtheil in demſelben Satze inſtituirt ſind.[1] In beiden Fällen werden ſie durch die Berufung zu demſelben Erbtheil in unum corpus redacti. Deshalb muß in beiden Fällen aus der coniunctio geſchloſſen werden, daß nach dem Willen des Erblaſſers die vacante Erbportion eines coniunctus zunächſt nur den übrigen coniuncti bez. ihren Erben, und erſt nach dem Wegfall aller coniuncti den disiuncti accresciren ſoll. Selbſtverſtändlich geben aber alle dieſe Conjunctionen nur einen Anhaltspunkt für die muthmaßliche Intention des Erblaſſers; wenn ſich aus den Umſtänden ergiebt, daß er die Abſicht, welche an ſich aus der Conjunction gefolgert werden muß, in der That nicht hatte, ſo gilt auch hier der Grundſatz: nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit.[2]

---

[1] l. 142 D. de V. S. (50. 16) ... Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum et rei complexus iungit, veluti: Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto, vel ita: Titius Maeviusque heredes sunto. vel: Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto. l. 11, l. 13 pr., l. 60 § 2 D. de H. I. (28. 5).

[2] l. 7 § 2 D. de supp. leg. (33. 10). Die citirten Stellen enthalten keine bindenden Entſcheidungen über die Bedeutung einer coniunctio; dieſe muß im einzelnen Falle durch Interpretation ermittelt und, wo dieſe kein ſicheres Reſultat ergiebt, der wahrſcheinliche Wille als der wirkliche Wille des Erblaſſers angenommen werden; l. 142 cit. .... quod verisimilius est, l. 17 § 1 cit. ... quam sententiam veriorem puto, vgl. S. 193 Note 2 und 3. Das gilt für alle Conjunctionen, in welcher Geſtalt ſie auch vorkommen mögen, auch wenn re et verbis coniuncti mit re tantum coniuncti zuſammentreffen, z. B. der Erblaſſer ſagt: A und B ſollen meine Erben ſein auf $^1/_3$, C auf $^1/_3$ und D auf $^1/_3$; auf dieſelbe Portion, auf welche ich A und B inſtituirt habe, ſetze ich den E ein. Hier wird als der muthmaßliche Wille des Erblaſſers anzunehmen ſein, daß die Portion des A, wenn er wegfällt, nur dem B accresciren ſoll. Hätte er dagegen geſagt: auf die Portion des A ſetze ich auch den E ein, ſo ſcheint er gewollt zu haben, daß der E den B von der Accrescenz ausſchließen ſoll, l. 34 pr. D. de leg. (30), v. Vangerow a. a. O. Anm. 3 sub III. Aber aus ſeinen anderweitigen Diſpoſitionen kann ſich auch ergeben, daß er einen andern Willen hatte.

Drittes Kapitel.

Von der Acquisition der Erbschaft.

I. Erwerb durch Antritt und ipso iure.*

§ 31.

Die Familienstellung des Erben zum Erblasser entscheidet über die Art, wie er die Erbschaft erwirbt. Der heres extraneus erwirbt sie lege wie testamento durch den Antritt, der heres suus ohne sein Wissen und Wollen ipso iure. Dort ist der Titel für den Erwerb die Erbberechtigung aus der Delation, das ius successionis v. hereditatis oder die hereditas im subj. S., hier das ius potestatis. Nach civilem Recht war der ipso iure eintretende Erwerb des suus auch ein nothwendiger Erwerb; das prätorische Recht hat ihm das s. g. beneficium abstinendi gegeben, vermöge dessen er den Erwerb rückgängig machen kann.[1] Durch dieses Beneficium sind deßhalb die sui den extranei im Wesentlichen einander gleichgestellt worden.[2] Zu den sui zählen nicht blos die Personen, welche sich beim Tode des Erblassers in seiner unmittelbaren väterlichen Gewalt befinden,[3] sondern auch die postumi sui, die bei seinem Tode schon in ventre waren und in dieser Gewalt gestanden hätten, wenn sie schon geboren gewesen wären;[4] und bei der testamentarischen Erbfolge

* I. 2. 19 de heredum qualitate et differentia. Vgl. § 6 *. Glück's Comment. Bd. 42 S. 289 ff., v. Bangerow, Pand. § 497.

[1] Einleit. S. 8 ff. und § 4. l. 14 D. de suis et legit. hered. (38. 16).

[2] l. 89 D. de legat. (30) ... Praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent. l. 20 § 4 D. de A. v. O. H. (29. 2). Witte im Rechtslexik. I. S. 856 ff., Glück's Com. a. a. O. S. 325 ff., Laspeyres, Arch. f. civ. Pr. Bd. 21 Abh. 2 § 10. 11. — Ueber den Fall, wo ein suus unter der Bedingung si volet im Testament instituirt ist, vgl. § 4 S. 83 ff.

[3] § 2 I. de hered. qual. (2. 19), § 2 I. de hered. quae ab int. def. (3. 1), c. 3. C. de iure delib. (6. 30).

[4] § 2b i. f., § 7. 8 I. l. c. (3. 1), l. 6. 7 D. de suis et leg. (38. 16).

zählen zu den sui auch die Personen, die der Erblasser bei seinem Tode nur mittelbar in seiner väterlichen Gewalt hat, sofern die Mittelspersonen von ihm gültig exheredirt sind.[1] Alle übrigen Personen zählen zu den extranei.[2]

Der heres extraneus erwirbt durch die Delation die Erbschaft unter der suspensiven conditio iuris: si volet und damit die Erbberechtigung, die ihm das Wahlrecht zwischen Antritt und Repudiation giebt.[3] Der heres suus erwirbt auf Grund des beneficium abstinendi die Erbschaft unter der resolutiven conditio iuris: si nolet. Jeder Rechtserwerb unter einer resolutiven Potestativbedingung begründet für den Erwerber auch ein Wahlrecht und ein Deliberationsrecht. Er hat die alternative Befugniß, den bedingten Erwerb durch Erfüllung der Bedingung aufzuheben, oder durch Nichterfüllung zu einem unbedingten zu machen, und er hat die Befugniß sich diese Alternative zu überlegen. Ein solches Wahl- und Deliberationsrecht steht daher auch dem heres suus zu. Er hat die Wahl, ob er den bedingten Erwerb der Erbschaft durch die Erfüllung der Bedingung d. i. durch die Erklärung der Abstinenz aufheben, oder durch die Nichterfüllung der Bedingung d. i. durch die Erklärung, daß er die Erbschaft behalte, zu einem unbedingten machen will. Für dieses Wahlrecht des suus gelten dieselben Grundsätze wie für das Wahlrecht des extraneus; nur soweit sie sich auf den Verlust des Wahlrechts beziehen, weichen sie von einander ab.

Das Wahlrecht des suus bewirkt, daß für ihn die erworbene Erbschaft, wie für den extraneus die erworbene Erbberechtigung, noch kein Vermögenserwerb ist: dieser Erwerb gewährt ihm auch nur eine facultas acquirendi. Deshalb zählt er ebenfalls zu den res quae extra nostrum patrimonium habentur, welche kein Befriedigungsobjekt für die Gläubiger bilden, und auf welche die Rechtsvorschriften, die ausschließlich dem Vermögensrecht angehören, keine

---

[1] l. 6 § 5. 6 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 1 § 8 D. de suis et legit. hered. (38. 16), l. 7 D. si tab. test. n. ext. (38. 6). Arndts im Rechtslexik. IV. S. 7.

[2] § 3 I. de hered. qual. (2. 19).

[3] § 4 Seite 76 ff.

Anwendung finden.[1] Die Ausübung des Wahlrechts ist, wie bei der Erbberechtigung, untheilbar und geschieht, wie bei dieser, durch zwei einseitige Willenserklärungen, für die keine Form vorgeschrieben ist. Sie können deshalb auch hier ausdrücklich in beliebiger Weise, mündlich und schriftlich, oder stillschweigend durch concludente Handlungen erfolgen, und sie brauchen auch hier nicht an die betheiligten Personen gemacht zu werden.[2] Die stillschweigende Erklärung des suus, daß er die Erbschaft behalten wolle, in den Quellen durch immiscere bezeichnet,[3] enthält jede Handlung, die für den heres extraneus eine pro herede gestio involvirt,[4] und die stillschweigende Erklärung der Abstinenz erfolgt durch dieselben Handlungen, durch welche der heres extraneus stillschweigend die Repudiation erklärt.[5] Die Wahl, welche durch diese Willenserklärungen getroffen wird, ist auch beim suus ein einseitiges Rechtsgeschäft.[6] Sie wird deshalb aus denselben Gründen ungültig, wie die Wahl des heres extraneus zwischen Antritt und Repudiation: wenn der suus dispositionsunfähig ist,[7] wenn es an dem zur Wahl erforderlichen Willen, oder an der Erklärung dieses Willens, oder an der Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung fehlt, oder wenn das Wahlrecht zur Zeit, wo es ausgeübt wird, noch ungewiß ist.[8] Auch hinsichtlich der Ausübung durch Stellvertreter,[9] hinsichtlich der Zeit der Ausübung[10] und hinsichtlich des

---

[1] § 4 S. 84 ff.

[2] § 6 S. 94 ff. und S. 99, Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 268 sub 2.

[3] § 5 I. de hered. qual. (2. 19), l. 11. 12. 38. 56. 57. 91 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[4] l. 87 pr. D. eod., l. 20 § 1 D. eod.

[5] § 6 S. 96.

[6] § 6 a. E.

[7] § 6 S. 101 Note 3. Minderjährige können also ohne Mitwirkung ihres Vormundes weder abstiniren, noch sich immisciren, und haben, wenn der Consens des Vormundes voraufging oder nachfolgte, gegen den Erwerb einer hereditas damnosa Anspruch auf i. i. restitutio, l. 57 pr. § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 7 § 5 D. de minor. (4. 4), c. 1 C. si minor ab hered. se abst. (2. 38), § 5 I. de hered. qual. (2. 19), l. 21 D. de auct. tut. (26. 8).

[8] § 7—9.

[9] § 10—14.

[10] § 16. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 77, Bd. 15 Nr. 36.

Verluſtes wegen Indignität[1] gelten dieſelben Vorſchriften für das Wahlrecht des heres suus wie für das Wahlrecht des heres extraneus. Die Abweichungen beſchränken ſich, abgeſehen von der Vorſchrift, nach welcher der suus wegen eigennütziger Beſeitigung von Erbſchaftsſachen zur Strafe vom beneficium abstinendi ausgeſchloſſen wird,[2] auf den Verluſt des Wahlrechts durch Veräußerung, Ausübung und Tod.

1) Das Wahlrecht des suus kann nicht durch Veräußerung verloren werden, weil ſich die acquirirte Erbſchaft nur auf dem Wege der Singularſucceſſion auf einen Andern übertragen läßt. Die Erbberechtigung des geſetzlichen Erben war wenigſtens im vorjuſtinianiſchen Recht veräußerlich.[3]

2) Das Wahlrecht des suus geht nicht durch einmalige Ausübung unter,[4] wenn es durch die Erklärung der Abſtinenz ausgeübt wird, ſondern nur, wenn dies durch die Erklärung, die Erbſchaft behalten zu wollen, geſchieht.[5] Nach dem Satze: privilegia non obtruduntur kann die Abſtinenz wieder zurückgenommen werden:[6] innerhalb drei Jahren ſo lange die Erbſchaft nicht Zwecks Befriedigung der Gläubiger verkauft iſt.[7] Durch dieſe

[1] § 18. 19.

[2] l. 71 § 3 — 9 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[3] § 17.

[4] Vgl. § 6 S. 97.

[5] l. 11. 12. 57 pr. i. f. D. de A. v. O. H. (29. 2). Beſtritten iſt die Frage, wer die Beweislaſt habe, wenn Erbſchaftsgläubiger oder Vermächtnißnehmer behaupten, der suus habe das beneficium abstinendi durch immixtio verloren? Da die Fortdauer eines Rechts, wenn der Erwerb feſtſteht, präſumirt wird, muß die immixtio beweiſen, wer ſie behauptet. Wenn aber der suus Handlungen vorgenommen hat, aus welchen an und für ſich, der Wille Erbe zu ſein, geſchloſſen werden muß, ſo hat der suus zu beweiſen, daß ſie in anderer Abſicht vorgenommen ſind, § 6 S. 95 ff.; über dieſe Controverſe iſt zu vergleichen Glück a. a. O. S. 392 ff., Strippelmann, Entſcheid. des O.-A.-G. zu Caſſel S. 383 ff., Puchta, Vorl. § 500 a. E., Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 78, Bd. 6 Nr. 230, Bd. 15 Nr. 36.

[6] Ueber den Fall einer ſimulirten Abſtinenz vgl. l. 91 D. de A. v. O. H. (29. 2), c. 2 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31). Glück a. a. O. S. 339 ff.

[7] l. 12 pr. D. de interrog. (11. 1), l. 8 D. de iure delib. (28. 8), c. 6 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31). Für Minderjährige laufen die drei

Widerruflichkeit und in folgenden beiden Punkten unterscheidet sich die Abstinenz von der Repudiation: 1) der Erblasser gilt nicht schlechthin als unbeerbt, wenn sein heres suus abstinirt:[1] letztwillige Dispositionen, die durch die Beerbung des Erblassers bedingt sind, werden durch die Abstinenz nicht ungültig;[2] 2) der suus gilt auch nach der Abstinenz als Erbe für die Zeit vor der Abstinenz: seine über die Erbschaft in dieser Zeit bona fide getroffenen Verfügungen bleiben gültig.[3] Im Uebrigen wird er aber nach der Abstinenz wie ein Repudiant behandelt;[4] es verbleibt ihm nur das nudum nomen heredis.[5] Seine Haftung aus den Erbschaftsschulden,[6] aus den Vermächtnißschulden,[7] aus der communio hereditatis und aus der Collationsverbindlichkeit hört auf;[8] die durch die Erbfolge erworbenen Rechte stehen ihm nicht mehr zu;[9]

Jahre erst vom Ende der Restitutionsfrist an, c. 6 cit. Ueber die Competenz für die Ertheilung einer i. i. restitutio gegen die Ablehnung einer Erbschaft vgl. Ubbelohde im Arch. f. civ. Pr. Bd. 61 S. 66.

[1] l. 30 § 10 D. de fideic. lib. (40. 5) ... non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se.

[2] Zu ihnen zählen die Pupillarsubstitutionen, l. 2 § 1 i. f. l. 12 D. de vulg. subst. (28. 6), l. 41 D. de A. v. O. H. (29. 2), das dem suus auferlegte Universalvermächtniß, l. 27 § 3 D. ad SC. Treb. (36. 1), aber die Singularvermächtnisse nur, wenn die Vorschrift der l. 1 § 7 D. si quis om. c. test. (29. 4) Anwendung findet, und wenn die Erbschaft des suus an die Substituten oder Miterben (S. 200), oder ex clausula codicillari an die Intestaterben kommt, l. 44 D. de re iud. (42. 1), l. 98 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 6 pr. D. si quis om. c. test. (29. 4), l. 1 § 4 D. ut in poss. leg. (36. 4), Glück a. a. O. S. 362 ff.

[3] Z. B. Veräußerungen, Zahlungen ꝛc., l. 44 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 44 D. de re iudic. (42. 1), l. 6 § 1 D. de reb. auct. iud. poss. (42. 5), l. 90 D. de solut. (46. 3). Glück a. a. O. S. 384.

[4] l. 20 § 4 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... cum se filius abstinet, idem debebit consequi iure praetorio, quod emancipatus consequitur qui hereditatem repudiavit. l. 12 pr. D. de interrog. (11. 1) ... huno qui abstinuit praetor non habet heredis loco.

[5] l. 2 § 8 D. ad SC. Tert. (38. 17).

[6] l. 57 pr., l. 87 § 1, l. 89 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[7] l. 12 D. de vulg. subst. (28. 6), l. 1 § 4 D. ut in poss. legat. (36. 4).

[8] l. 8. 9 D. de dot. coll. (37. 7).

[9] l. 99 D. de A. v. O. H. (29. 2). Dagegen behält er, was er nicht als Erbe, sondern iure proprio erworben hat, wie die iura sepulcrorum, § 1

die Rechte, welche er durch Confusion verloren hat, oder von welchen er durch Confusion befreit ist, werden wiederhergestellt,[1] und die Erbschaft, der er entsagte, kommt als eine vacante durch successive Delation an die Nacherben,[2] oder kraft singulären Accrescenzrechts an die Miterben. Die Singularität besteht darin, daß sie die anwachsende Portion nicht zu übernehmen brauchen. Sie haben den Erbschaftsgläubigern gegenüber die Wahl, ob sie die ganze Erbschaft agnosciren oder von der ganzen Erbschaft zurücktreten wollen, sofern die Gläubiger nicht erklären, daß sie zufrieden sind, wenn ihnen die anwachsende Portion zu ihrer Befriedigung überlassen wird; dann dauert die Haftung der Miterben aus ihrer ursprünglichen Portion fort.[3] Dasselbe gilt, wenn die

S. 34, vgl. l. 17 § 22 D. de iniur. (47. 10). Auch das hinterlassene Vermächtniß verbleibt ihm, sofern es nicht nach der Absicht des Erblassers von der Bedingung abhängig sein soll, daß er die Erbschaft behält, l. 87—89 D. de legat. (30).

[1] l. 87 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[2] An den Substituten, l. 44 D. de re iudic. (42. 1), oder an die Intestaterben oder, wenn der suus Intestaterbe ist, an die nachfolgenden Intestaterben, l. 1 § 7 D. si quis om. c. test. (29. 4), l. 6 § 2. 3 D. de bon. lib. (38. 2). Die successive Delation wurde, weil sie iure communi voraussetzt, daß der voraufgehende Erbe die Erbschaft nicht erworben hat, nicht ohne Widerspruch anerkannt, l. 2 § 8 D. ad SC. Tert. (38. 17) ... an mater admittatur? utputa abstinuit se hereditate (suus heres). Africanus et Publicius tentant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire ... ne nudum nomen sui heredis noceat matri; quae sententia aequior est. l. 2 § 10 D. eod., c. 6 C. de legit. hered. (6. 58) Defuncto, suis extantibus heredibus et abstinentibus vel repudiantibus hereditatem, frater iure consanguinitatis succedere potest. Die l. fin. D. de successor. ed. (38. 9), nach welcher das prätorische Recht, wie es scheint, im Fall der Abstinenz keine successive Delation an die Nacherben eintreten, sondern die vacante Erbschaft sofort an den Fiscus fallen ließ, ist jedenfalls im heutigen Recht unanwendbar geworden. A. M. Witte a. a. O. S. 867 ff. Vgl. über diese Streitfrage Glück a. a. O. S. 370 ff.

[3] l. 55 D. de A. v. O. H. (29. 2) Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi sive suo sive extraneo defertur, ut aut totam agnoscat aut a toto recedat, et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat. Si tamen creditores dicant se contentos eius portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut eius actiones ei qui convenitur dentur. Die Schlußworte sind schwer-

Abſtinenz erſt nach dem Tode eines Miterben erfolgt, für deſſen Erben.[1] Außer Anwendung tritt aber dieſes ius singulare und an die Stelle deſſelben das regelmäßige Accrescenzrecht, wenn der Miterbe ſeine Erbportion erſt nach der Abſtinenz erworben hat und von dieſer wußte oder wiſſen konnte.[2]

3) Das Wahlrecht des suus iſt vererblich. Der suus transmittirt die Erbſchaft auf ſeine Erben als eine unter der Reſolutivbedingung der Abſtinenz erworbene, gleichviel ob ſein Erbe wieder ein suus oder ein extraneus iſt, und gleichviel ob er ſelbſt Kenntniß von dem Erwerb der Erbſchaft hatte oder nicht.[3]

Auf die juriſtiſche Form für den Erwerb der Erbſchaft (§ 32) hat es keinen Einfluß, ob der Erbe ein suus oder ein extraneus iſt; ebenſowenig auf die Wirkungen des Erbſchaftserwerbes (§ 33—44) und auf die Veräußerung der acquirirten Erbſchaft (§ 45). Nur die Aufhebung des Erbſchaftserwerbs (§ 46) kann bei einem suus wegen des beneficium abstinendi aus einem Grunde erfolgen, der bei einem extraneus ausgeſchloſſen iſt.

---

lich correct. Aus der Natur der Sache ergiebt ſich, daß ſie nicht dahin verſtanden werden dürfen: wenn die Gläubiger wollen, daß die Haftung des Miterben aus ſeiner urſprünglichen Portion fortdauert, ſo müſſen ſie ihm die anwachſende Portion laſſen und auf die Haftung für die auf ihr laſtenden Schulden verzichten. Vgl. über die verſchiedenen Auslegungen Glück a. a. O. S. 366 Note 84, Bd. 43 S. 131 ff., v. Vangerow a. a. O. § 494 Anm. sub 7, Schmidt (von Ilmenau), Civil. Abh. S. 79 ff.

[1] l. 56 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[2] l. 38 D. eod.

[3] l. 7 § 1 D. eod. Si filius prius, quam sciret se necessarium extitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur. Aus den Schlußworten ergiebt ſich, daß aus dem Fall, von dem die Stelle ſpricht, keine Beſchränkungen für die Vererblichkeit des Wahlrechts abgeleitet werden dürfen. Sie iſt namentlich nicht bedingt durch den Umſtand, daß der Erbe des heres suus wieder ein suus iſt, wie behauptet wird von Marezoll, Zeitſchr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 2 S. 85 ff., Huſchke ebenda N. F. Bd. 7 S. 84, Wieding, die Transmiſſion Juſtinian's S. 16 ff., S. 39 ff.; ebenſowenig kommt in Betracht, ob der heres suus den Erwerb der Erbſchaft vor ſeinem Tode wußte oder nicht, vgl. Glück a. a. O. S. 345 ff., v. Vangerow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 24 S. 158 ff., Windſcheid, Pand. § 595 Note 14.

II. Form des Erwerbes.*

§ 32.

Durch den Erwerb der Erbſchaft vollzieht ſich die Erbfolge des Erben, die hereditas in dieſem Sinne.[1] Die Sicherheit des Credits fordert, daß ſich mit ihr keine Veränderungen und keine Verminderungen der Erbſchaft zum Nachtheil der Gläubiger verbinden. Dieſer Anforderung wird die Form der Erbfolge gerecht: die Univerſalſucceſſion.[2]

Nach dieſer Form bildet den Gegenſtand der Erbfolge die Erbſchaft als universitas d. i. die ganze Erbſchaft,[3] und die Erbſchaft als Ganzes: nicht die res singulae, aus denen ſie beſteht, ſondern das Vermögen, zu welchem die res singulae verbunden ſind.[4] In dem Begriff der Univerſalſucceſſion finden deshalb folgende Sätze ihre juriſtiſche Begründung:

1) Das Teſtament beruft die Teſtamentserben, das Geſetz die Inteſtaterben zur Succeſſion in die ganze Erbſchaft. Daraus ergeben ſich drei regulae iuris: a) quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur; b) nemo pluribus

---

* Vgl. Puchta, Pand. und Vorl. § 446, v. Jhering, Abhandl. a. d. röm. R., S. 239 ff. u. Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 390, v. Scheurl, Beiträge zur Bearb. d. r. Rs. I. S. 34 ff. und Inſtit. § 183, Koeppen, die Erbſchaft S. 5 ff., S. 96 ff., Brinz, Pand. § 151, Bruns, das heut. röm. Recht in v. Holtzendorff's Encycl. der Rechtsw. § 88. 95, Windſcheid, Pand. § 605. Vgl. § 2 S. 56 Note 3.

[1] l. 62 D. de R. I. (50. 17), l. 24 D. de V. S. (50. 16). Einleit. S. 2 Note 4.

[2] Einleit. S. 13 ff.

[3] Successio in universum ius defuncti, l. 62 D. de R. I. (50. 17), in omne ius mortui, l. 37 D. de A. v. O. H. (29. 2), in universum dominium l. 70 D. de V. S. (50. 16), l. 3 pr. D. de B. P. (37. 1).

[4] l. 208 D. de V. S. (50. 16). Bonorum appellatio sicut hereditatis universitatem quandam . . et non singulares res demonstrat. Eines fingirten Subjects, der ſ. g. vermögensrechtlichen Perſon des Verſtorbenen, bedarf es nicht, um den Uebergang der Erbſchaft auf den Erben zu vermitteln; die res singulares werden durch ihre vermögensmäßige Verbindung zu einer universitas zuſammengehalten. Die Univerſalſucceſſion iſt deshalb keine Succeſſion in die vermögensrechtliche Perſon des Verſtorbenen, vgl. § 2 S. 56 Note 3.

testamentis pro parte relictis decedere potest; c) nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Die einzelnen instituirten Erben können auf ihre Institutionsportion, die einzelnen gesetzlichen Erben auf ihre Intestatportion nur beschränkt bleiben, wenn kein Theil der Erbschaft vacant ist: sonst muß nach der Form der Erbfolge Accrescenz eintreten, um den Concurs über eine Erbschaftsquote im Interesse der Erbschaftsgläubiger auszuschließen.[1]

2) Der Erbe erwirbt die Erbschaft als ein Ganzes, folglich auf einmal durch Einen Erwerbsgrund:[2] der heres extraneus auf Grund des ius hereditatis vel successionis oder der Erbberechtigung, der heres suus auf Grund des ius potestatis.[3] Die res singulae, aus welchen die Erbschaft besteht, werden von dem Erben nicht neu erworben. Er erhält sie durch den Erwerb der universitas aus demselben Erwerbsgrunde, aus welchem sie der Erblasser hatte: per universitatem transeunt. Selbst die Erbschaftsrechte, die er als res singulae nach seiner Vermögensrechtsfähigkeit nicht erwerben könnte, gehen durch die Erbfolge auf ihn über und haften wie bei Lebzeiten des Erblassers den Gläubigern für ihre Befriedigung.[4] Es findet in dem erbschaftlichen Vermögen nur ein Wechsel des Subjectes statt, und dieser Wechsel ist nur durch die Erbfähigkeit des Erben bedingt.[5]

---

[1] Vgl. § 5. § 29.

[2] Gaii epit. II. 2 pr. Per universitatem hoc est semel bona acquirimus.

[3] Einleit. S. 8 ff.

[4] l. 62 D. de A. R. D. (41. 1), l. 80 D. de legat. (31), Einleit. S. 14 ff.

[5] l. 62 D. de A. R. D. (41. 1), l. 9 pr. § 1, l. 13 pr. D. de re milit. (49. 16). In der l. 62 cit. heißt es: es kann ein Erwerb von Rechten durch Singularsuccession unmöglich sein, der durch Universalsuccession Statt finden kann. Als Beispiele werden angeführt das Eigenthum am fundus dotalis und an res, cuius aliquis commercium non habet d. i. an Sachen, die eine Person nach gesetzlicher Bestimmung durch Singularsuccession nicht erwerben kann; solche Sachen waren nach l 9 cit. für Soldaten Grundstücke in der Provinz, in der sie dienten. Der Grund für die Vererblichkeit des fundus dotalis ist der Umstand, daß der Erbe in die Erbschaftsschuld auf die restitutio dotis succedirt, l. 1 § 1 D. de fund.

3) Der Erbe kann das erbschaftliche Vermögen nicht mit der Wirkung der Universalsuccession veräußern, sondern nur die Activa nach Abzug der Schulden: wie der Erblasser bei seinen Lebzeiten, so darf auch er den Gläubigern ohne deren Zustimmung keine anderen Schuldner geben.[1] Der Erbe kann also durch Veräußerung der erworbenen Erbschaft nicht aufhören, Erbe zu sein. Ebensowenig durch Herausgabe der Erbschaft an den Universalfideicommissar: wird dieser gegen die Agnition des Fideicommisses in integrum restituirt, so bleibt die Erbschaft beim Fiduciar. Und wenn der Fiduciar Theilerbe ist, dauert das Periculum der Accrescenz für ihn fort:[2] semel heres, semper heres. Nur die Abstinenz des suus und die i. i. restitutio gegen den Antritt drücken die Erbenqualität auf das nudum nomen heredis herab; aber auch hier muß im Interesse der Gläubiger entweder die ganze Erbschaft auf dem Wege der Accrescenz Gegenstand der Erbfolge, oder die ganze Erbschaft Gegenstand des Concurses werden.[3]

---

dot. (23. 5), und der Grund für die Vererblichkeit der res, cuius aliquis commercium non habet, ist das Interesse der Erbschaftsgläubiger; als erbloſe Güter müßten sie aufhören, ihnen für ihre Befriedigung zu haften, weil sie durch Singularsuccession an den Fiscus kommen würden. Puchta, Vorl. II. Beilage XXI, Scheurl a. a. O. S. 40 u. A. finden in der l. 62 cit. eine Bestätigung für ihre Auffassung, daß den Gegenstand der Universalsuccession die vermögensrechtliche Person des Verstorbenen bilde, und der Erbe nur der neue physische Repräsentant dieser Person sei. Daraus ergebe sich die Consequenz, daß mit jener Person nothwendig alle ihr zustehenden Rechte an den Erben gelangen müßten, auch die, die er für seine eigene Person zu haben unfähig sei, aber behalten dürfe er sie nicht, sondern er müsse sie veräußern. Diese Veräußerung würde dem Interesse der Gläubiger nicht entsprechen und ist deshalb auch nicht vorgeschrieben, wie sich aus l. 9 § 1 cit. ergiebt: milites si heredes extiterint, possidere ibi praedia non prohibentur.

[1] l. 72 pr. D. de iure dot. (23. 3), c. 2 C. de H. v. A. V. (4. 39), c. 2 C. de pact. (2. 3).

[2] Vgl. § 30 S. 188 ff.

[3] Vgl. Einleitung S. 18. § 31 S. 199 ff., § 46.

III. Wirkungen des Erwerbes.

1. Duplicität des Erwerbes.*

§ 33.

Der Erbe macht durch die Erbfolge einen doppelten Erwerb: er erwirbt die Erbschaft als universitas, und er erwirbt die res singulae, aus denen sie besteht.[1] Dieser doppelte Erwerb hat einen doppelten Zweck. Er bezweckt im Interesse der Erbschaftsgläubiger, daß der Erbe mit dem Erblasser eiusdem iuris et potestatis wird, wie wenn er mit diesem una persona wäre.[2] Dazu ist erforderlich, daß er die res singulae so erhält, wie sie der Erblasser hatte.[3] Dies ist nur möglich, wenn sie nicht durch Singularsuccession als Rechte auf ihn übergehen, die aus dem Vermögen des Auctors ausscheiden und in seiner Person eine neue selbständige Existenz beginnen, sondern per universitatem: durch den Uebergang des erbschaftlichen Vermögens als Theile desselben.[4] Der doppelte Erwerb bezweckt ferner, daß mit dem Erben nicht blos über die res singulae gestritten werden kann, sondern auch darüber, ob er die Erbschaft als universitas erworben hat, damit unter Erbprätendenten zur Erledigung der Frage, wer der Erbe sei, die Anstellung Einer Klage genügt.[5] Dazu ist erforderlich, daß die Universalsuccession für den Erben ein Recht begründet,

---

* Vgl. Bruns a. a. O. § 95 a. E.

[1] Vgl. § 32 sub 2.

[2] Einleit. Seite 13 ff.

[3] Z. B. in dem Fall, wo der Erblasser Sachen des Erben verkauft hat, muß dieser wie jener aus dem Kaufvertrage dem Käufer das habere licere prästiren; deshalb kann der Käufer die rei vindicatio des Erben mit der exceptio doli zurückweisen, wie er die rei vindicatio des Erblassers mit dieser Einrede hätte zurückweisen können, wenn dieser Eigenthümer der Sache geworden wäre, l. 1 pr. § 1 D. de exc. rei vend. et trad. (21. 3), l. 73 D. de evict. (21. 2). c. 14 C. de R. V. (3. 32), c. 3 C. de reb. alien. non alien. (4. 51). Der Fall, wo der Erblasser Sachen des Erben verpfändet hat, war unter den römischen Juristen bestritten, l. 41 D. de pign. act. (13. 7) und l. 22 D. de pignor. (20. 1); dazu Dernburg, Pfandrecht I S. 268.

[4] Einleit. S. 14.

[5] Einleit. S. 19 ff.

vermöge dessen ihm nicht blos die res singulae gehören,[1] sondern auch die Erbschaft als universitas,[2] so daß er diese mit der hereditatis petitio als actio de universitate von Jedem vindiciren kann,[3] der das Recht für sich prätendirt und durch Vorenthaltung erbschaftlicher Vermögensstücke factisch ausübt.[4] Dieses Recht, ohne welches keine actio de universitate möglich wäre, weil nur aus Rechten geklagt werden kann,[5] heißt in den Quellen ius hereditarium oder auch hereditas, im prätorischen Recht bonorum possessio,[6] heute Erbrecht, und als der Titel, aus welchem dem Erben die res singulae mit dem Titel des Erblassers gehören, titulus hereditarius oder causa hereditaria.[7]

Hierauf beschränken sich Zweck und Wirkungen der Duplicität des Erwerbes. Sie bewirkt nicht auch, daß die Erbschaft in ihrer Einheit beim Erben erhalten bleibt. Durch das Erbrecht erwirbt der Erbe zu seinem Vermögen das hinterlassene Vermögen hinzu: deshalb werden durch das Erbrecht beide zu Einem Vermögen ver-

---

[1] l. 80 D. de legat. (31), . . . hereditas heredis res singulas facit, Gaius IV. 34.

[2] Als „dominus hereditatis" l. 49 pr. D. de H. I. (28. 5), als successor „in universum dominium" l. 70 D. de V. S. (50. 16).

[3] Mit der intentio: si paret hereditatem actoris esse, l. 1 pr. l. 27 § 3 D. de R. V. (6. 1), l. 8 D. de H. P. (5. 3), l. 7 § 5 D. de exc. rei iud. (44. 2), Gaius IV. 17.

[4] l. 9 D. de H. P. (5. 3) . . . eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam, l. 10 pr. licet minimam. l. 4 D. eod. Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat.

[5] Dies ist nicht berücksichtigt in meiner Erbschaft S. 104 ff. Hier ist die Ansicht vertreten, daß die Universalsuccession kein neues Recht begründe, sondern nur die Nachfolge in die einzelnen Erbschaftsrechte durch Einen juristischen Act bewirke, mit der Folge, daß die res singulae dieses Moment als gemeinsames auch ferner behalten und deshalb in gewissen Beziehungen, z. B. der hereditatis petitio gegenüber, bei dem beneficium separationis und beim Universalfideicommiß, noch als eine Einheit betrachtet werden könnten. Ebenso Brinz, Pand. § 156 S. 670, S. 673 a. E.

[6] l. 3 § 2 D. de B. P. (37. 1). Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit.

[7] Einleit. S. 11 ff.

einigt.[1] Das Erbrecht ist daher nicht ein Recht am Vermögen des Verstorbenen,[2] und überhaupt kein Recht *an* etwas.[3] Es ist das Recht, dominus hereditatis und als solcher dominus aller res singulae zu sein, aus denen die hereditas besteht, mit der Pflicht für Jedermann, das dominium hereditatis in der Person des Erben anzuerkennen und ihn in diesem Rechte nicht zu stören.[4] Die Vindication aus diesem dominium hereditatis ist die Universalklage gegen den Erbprätendenten: mit ihr vindicirt der Erbe sein *Erbrecht* und die *Erbschaft*, soweit sie der Verklagte besitzt. Gegen Personen, die Erbschaftsrechte verletzen, aber nicht behaupten, selber Erbe zu sein, kann er diese Vindication nicht anstellen, sondern nur die Singularklagen aus den verletzten Rechten.[5]

Nach diesen Wirkungen des Erbschaftserwerbes haftet der Erbe aus den Erbschaftsschulden wie der Erblasser, nicht blos bis zum Betrage der erbschaftlichen Activa;[6] und die erbschaftlichen

---

[1] l. 10 § 2 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6) .... iuncta enim hereditas coepit esse. Diese Vereinigung wird in allen ihren Consequenzen bestätigt: der Erbe klagt aus allen Erbschaftsrechten im *eigenen* Namen, *Gaius* IV 34, die iura in re aliena und die Obligationen zwischen dem Erblasser und dem Erben gehen durch Confusion unter, l. 18 D. de serv. (8. 1), l. 75. 95 § 4 D. de sol. (46. 3), l. 2 § 18 D. de H. v. A. V. (18. 4), für die Erbschaftsschulden haften auch die Activa des Erben, l. 28 D. de reb. auct. iud. (42. 5)... At cum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, *tunc hereditas et patris et filii una est*, et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur; et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit. l. 3 § 7 D. de cess. bonor. (42. 3).

[2] *Puchta* a. a. O. § 446, *Arndts*, Pand. § 521 Anm. 3, v. *Scheurl*, Beiträge I S. 42, *Birkmeyer*, über das Vermögen im jurist. Sinne S. 84 ff.; vgl. § 2 S. 56 Note 3 sub I a. E.

[3] *Brinz* a. a. O. § 151.

[4] *Bruns* a. a. O. § 95 a. E.

[5] *Einleit.* S. 19.

[6] l. 8 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) ... hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est. l. 36 D. de bon. lib. (38. 2), c. 10 C. de iure delib. (6. 30). Die neuntägige Frist der Nov. 115 c. 5 § 1 ist antiquirt, *Sintenis*, gem. Civilr. Bd. 2 § 91 Anm. 3.

Activa haften wie die Activa des Erben als Bestandtheile desselben Vermögens nicht blos den Erbschaftsgläubigern für ihre Befriedigung, sondern auch den eigenen Gläubigern des Erben.[1] Demgemäß kommen durch Ueberschuldung der Erbschaft der Erbe, durch Ueberschuldung des Erben die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer in Schaden. Um gegen diesen Schaden einen billigen Schutz zu gewähren, bedürfen die Wirkungen des Erbschaftserwerbes einer Modification, die sie durch das s. g. beneficium inventarii und durch das s. g. beneficium separationis erfahren haben.

2. Modificationen.

a. Durch das s. g. beneficium inventarii.*

§ 34.

Das Deliberationsrecht, welches jedem Erben, dem suus wie dem extraneus, zusteht,[1] um die Solvenz der Erbschaft zu prüfen und sich vor dem Erwerb einer hereditas damnosa zu bewahren, reicht für den Zweck, dem es dienen soll, nicht aus. Auch bei der größten Diligenz können dem Erben Schulden des Erblassers verborgen bleiben, die die Erbschaft zu einer insolventen machen. Einen sicheren Schutz gegen den aus der Ueberschuldung der Erbschaft drohenden Schaden, gewährt, abgesehen von Verträgen mit den Erbschaftsgläubigern, welche die Haftung des Erben auf den Betrag der erbschaftlichen Activa beschränken,[2] nur das von Justinian eingeführte s. g. beneficium inventarii oder die Rechtswohlthat des Inventars. Wenn der Erbe die Bedingungen dieses Privilegiums erfüllt, können die Erbschaftsgläubiger sein eigenes Vermögen nicht für sich in Anspruch nehmen.[3] Diese

[1] l. 28 D. de reb. auct. iud. (42. 5) . . . ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit. Vgl. S. 207 Note 1 a. E.

* Mühlenbruch in Glücks Comment. Bd. 41 S. 355 ff., Strippelmann, Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel Bd. III. 2 S. 1 ff., Randa, der Erwerb der Erbschaft nach österreich. Recht S. 104 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 185, Brinz, Pand. § 158, Windscheid, Pand. § 606.

[1] § 16.

[2] Verträge auf Schadloshaltung oder Verzichte auf den Mehrbetrag, l. 7 § 17 D. de pactis (2. 14).

[3] c. 22 C. de iure deliber. (6. 30).

Bedingungen sind nach Justinians Bestimmung auch maßgebend für die Soldaten, die bisher das Privilegium allein und bedingungslos hatten.[1]

Die Einführung des beneficium inventarii beruht auf der Erwägung, daß die Deliberation die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger verzögert, ohne dem Erben eine Garantie zu geben, und daß den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger durch die Haftung des Erben bis zum Bestande der Erbschaft durchaus Genüge geschieht, wenn er diesen Bestand durch ein Inventarium feststellt und ohne Deliberation durch alsbaldigen Antritt der Erbschaft den Gläubigern ermöglicht, ihre Befriedigung von ihm zu fordern. Die Haftung des Erben auf den vollen Betrag der Schulden ist nur gerechtfertigt, wenn es an der Sicherstellung der Gläubiger gegen Unterschlagungen aus der Erbschaft fehlt: ließe sich der Erbe durch die Gefahr dieser Haftung zur Repudiation bestimmen, so würde das Befriedigungsobject für die Gläubiger auch nur das erbschaftliche Vermögen bilden.[2]

Aus diesen Erwägungen ergeben sich die Voraussetzungen und Wirkungen unter und mit welchen der Erbe, der suus wie der extraneus, das beneficium inventarii erwirbt.

I. Die Voraussetzungen sind folgende:

1) Der Erbe darf sich keine Deliberationsfrist erbitten.[3] Er kann nur zwischen dem tempus deliberandi und dem beneficium inventarii wählen; die Wahl des einen schließt das andere aus.[4]

2) Der Erbe muß innerhalb dreißig Tagen seit Kenntniß der Delation oder, wenn er ein suus ist, der Acquisition der Erbschaft erklären, daß er Erbe sein will, und das Inventarium beginnen; zur Vollendung desselben hat er eine weitere Frist von sechzig Tagen, so daß die Inventarisirungsfrist im Ganzen drei Monate beträgt. Nur

---

[1] § 5. 6 I. de hered. qual. (2. 19). c. 22 pr. § 15 C. l. c. (6. 30).

[2] Es ist deshalb die abfällige Beurtheilung, welche das beneficium inventarii zu Gunsten des Deliberationsprincips erfahren hat, (v. Jhering, Abhandl. S. 153, Randa a. a. O. S. 113 Note *), nicht gerechtfertigt, vgl. Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. d. Rw. § 97 a. E.

[3] § 16 S. 139.

[4] c. 22 cit. § 14.

wenn die Erbschaft ganz oder zum größeren Theil nicht an dem Ort liegt, wo sich der Erbe befindet, hat er eine Inventarisirungsfrist von einem Jahre; diese läuft aber vom Tode des Erblassers an.[1] Der Erbeserbe erhält die Erbschaft mit den Rechten seines Erblassers. Die für diesen begonnene Inventarisirungsfrist läuft also für den Erbeserben fort, und die vom Erben versäumte Frist schließt auch den Erbeserben vom beneficium inventarii aus, gleichviel ob auf ihn die acquirirte oder deferirte Erbschaft transmittirt ist; hat aber für den Erben die Inventarisirungsfrist überhaupt noch nicht zu laufen angefangen, weil er ohne Kenntniß seiner Berufung gestorben ist, so beginnt sie für den Erbeserben vom Moment, wo dieser seine eigene Berufung erfährt.

3) Der Erbe muß die Inventarisirung vorschriftsmäßig vornehmen: er muß einen Notar zuziehen und das Inventarium mit der Versicherung unterschreiben, daß in demselben alle zur Erbschaft gehörigen Activa und Passiva angegeben sind.[2] In der Praxis werden diese Formvorschriften nicht mehr befolgt; es wird für genügend erachtet, daß das Inventarium in einer für andere Fälle üblichen oder vorgeschriebenen Form errichtet ist.[3] Kommt wegen Tod oder Repudiation eines Miterben dessen Erbschaftsquote durch Accrescenz an die übrigen Miterben, so haben diese das beneficium inventarii, wenn für ihre ursprüngliche, auch für die accrescirende Erbportion. Das Inventar eines Miterben erstreckt sich auf die ganze Erbschaft, deshalb begründet es das Beneficium auch für jeden Zuwachs seiner Erbportion durch das Ausscheiden eines Miterben. Dagegen erwerben aus dem Inventar eines Miterben nicht auch die übrigen nicht inventarisirenden Miterben die Rechte eines Beneficialerben, sofern nicht eine negotiorum gestio für sie vorliegt, die innerhalb dreißig Tagen nach Kenntniß ihrer Be-

---

[1] c. 22 cit. § 2. 3.

[2] c. 22 cit. § 2.

[3] Mühlenbruch a. a. O. S. 362 ff., Seuffert, Arch. Bd. 35 Nr. 139. Auch wird in der Praxis zugelassen, daß sich der Erbe, obwohl es an den Erfordernissen der negotiorum gestio fehlt, das von einem Andern, z. B. vom Erbschaftscurator, ordnungsmäßig angefertigte Inventar aneignet, sofern er dies nach vorgängiger Prüfung des Erbschaftsbestandes innerhalb der gesetzlichen Frist erklärt, Seuffert, Arch. Bd. 23 Nr. 237.

rufung von ihnen ratihabirt ist.[1] Sonst muß jeder Erbe selbst, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter, das Inventar errichten.[2] Nach der heutigen Praxis kann die Stellvertretung auch durch das Gericht geschehen. Sie giebt dem Erben die Wahl, selbst zu inventarisiren in den vorgeschriebenen Formen und Fristen,[3] oder beim competenten Erbschaftsgericht zu erklären, daß er cum beneficio inventarii antrete und die gerichtliche Aufnahme des Inventars beantrage. Hier genügt, daß er diese Erklärung und diesen Antrag innerhalb dreißig Tagen seit Kenntniß des Erbschaftsanfalls gemacht hat; dann bleibt die vom Gericht versäumte rechtzeitige oder ordnungsmäßige Errichtung des Inventars für ihn ohne Nachtheil.[4]

4) Der Erblasser darf die Inventarisirung nicht verboten haben.[5] An dies Verbot ist der Erbe gebunden. Er verliert deshalb den Erbschaftsgläubigern gegenüber die Vortheile der Inventarisirung und muß sich durch Deliberation oder Vertrag mit den Gläubigern sicher zu stellen suchen. Ebenso wirkt der Erlaß des Inventars durch den Erblasser, wenn der Erbe auf Grund desselben nicht inventarisirt.[6]

---

[1] l. 24 pr. D. rat. rem hab. (46. 8).

[2] Mühlenbruch a. a. O. S. 398 ff. S. 427 ff., Seuffert, Arch. Bd. 23 Nr. 237.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 124, Bd. 23 Nr. 237, Bd. 26 Nr. 251.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 168. Dagegen giebt es kein gemeines Gewohnheitsrecht, wie Seuffert, Pand. § 572 und Arndts, Pand. § 523 Anm. 3 a. E. behaupten, nach welchem „heutzutage die Rechtswohlthat des Inventars dadurch geltend gemacht wird, daß der Erbe beim zuständigen Gericht erklärt, er trete die Erbschaft nur cum beneficio inventarii an, worauf sodann der Richter die Errichtung des Inventars, sowie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinandersetzung der Verlassenschaft überhaupt von Amtswegen besorgt." Brinz, Pand. § 158 S. 679. Strippelmann a. a. O. S. 18 ff.

[5] c. 2 C. de alim. pup. praest. (5. 50) . . . ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur.

[6] Mühlenbruch a. a. O. S. 434 ff. Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 225, Bd. 38 Nr. 140. Die öffentliche Erklärung des Erben, den Erbschaftsgläubigern nur bis zum Bestande der Erbschaft haften zu wollen, oder

Liegen diese Voraussetzungen vor, so erfolgt der Erwerb der Erbschaft, wie man heute sagt, cum oder sub beneficio inventarii. Das Beneficium knüpft sich also an die Erklärung, Erbe sein zu wollen, und an die Inventarisirung innerhalb der gesetzlichen Frist. Die Inventarisirung enthält zugleich jene Erklärung, wenn sie mit dem Willen Erbe zu sein vorgenommen ist;[1] die Erklärung, daß man nur mit dem beneficium inventarii Erbe sein wolle, ist nicht erforderlich.[2]

II. Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes cum beneficio inventarii sind weitgreifender Art. Sie beschränken sich nicht auf den Erben und die Erbschaftsgläubiger, sondern erstrecken sich auch auf andere Personen: sie setzen nicht blos die volle Haftung aus den Erbschaftsschulden, sondern noch anderweitige Consequenzen des Erbschaftserwerbes außer Geltung.

1) Der Erbe kann während der Inventarisirungsfrist von den Erbschaftsgläubigern und von den Vermächtnißnehmern nicht in Anspruch genommen werden. Diese Frist vertritt die Stelle der Deliberationsfrist. So lange sie läuft, steht aber auch die Verjährung für die Klagen der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer still.[3]

2) Zur Befriedigung der Gläubiger dient die im Inventar verzeichnete Erbschaft nach Abzug der Inventarisirungskosten und der anderweitigen nothwendigen Erbschaftsausgaben, die dem Erben erwachsen sind.[4] Die Gläubiger sollen nicht mehr erhalten, als sie vom Erblasser hätten erhalten können, aber auch nicht weniger. Bei der Berechnung der Erbschaft kommen daher auch die eigenen Forderungen und Schulden des Erben an den Erblasser in Anschlag. Diese Obligationen und die dinglichen Rechte, welche an sich in Folge des Erbschaftserwerbs durch Confusion zu Gunsten oder zum

die Beantragung einer Edictalladung der Gläubiger zur Liquidirung ihrer Ansprüche unter dem Präjudiz des Ausschlusses bleiben ganz wirkungslos, Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 168 sub 4, Bd. 8 Nr. 155.

[1] l. 20 pr. § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[2] Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 168, Bd. 31 Nr. 345, Bd. 32 Nr. 154, Bd. 35 Nr. 139.

[3] c. 22 cit. § 11.

[4] Z. B. für das Begräbniß des Erblassers und für die Eröffnung des Testaments, c. 22 cit. § 9.

Nachtheil des Erben erlöschen müßten, werden durch das beneficium inventarii aufrecht erhalten, wenn sich die Erbschaft als insolvent erweist.[1] Dadurch bewirkt das Beneficium eine separatio bonorum, welche das eigene Vermögen des Erben der Execution der Erbschaftsgläubiger entzieht, und zum alleinigen Executionsfonds für sie die Erbschaft macht.[2] Diese Separation hat aber nicht die Folge, daß die einzelnen Erbschaftsrechte das ausschließliche Befriedigungsmittel der Erbschaftsgläubiger werden. Die Veräußerung derselben durch den Beneficialerben ist weder nichtig noch anfechtbar; nur alienationes in fraudem creditorum können durch die actio Pauliana rescindirt werden.[3]

3) So lange der Erbe in bona fide ist, weil er auf Grund des Inventars die Erbschaft für solvent hält, darf er die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer befriedigen, wie sie sich melden, ohne zu prüfen, ob ihnen andere Gläubiger vorgehen.[4] Wird die Erbschaft erschöpft, bevor sie sämmtlich befriedigt sind,

---

[1] c. 22 cit. § 4. 9.

[2] Mühlenbruch a. a. O. S. 378, Randa a. a. O. S. 108, 112, Bruns a. a. O. § 95, 97 a. E. Brinz, Pand. § 158 stellt diese Separation in Abrede; er behauptet, der Erbe hafte den Erbschaftsgläubigern, wie seinen eigenen Gläubigern, mit seinem Vermögen überhaupt, aber nur bis zum Werth der Erbschaft. Dieser Ansicht steht entgegen, daß sich die Confusion ohne Separation nicht ausschließen läßt, daß die Haftung des Erben bis zum Werthe der Erbschaft eine Schätzung der Erbschaftsgegenstände voraussetzen würde, während nur ein inventarium super his rebus vorgeschrieben ist, c. 22 cit. § 2, und daß Justinian ausdrücklich die Erbschaft als das Vermögen bezeichnet, aus welchem allein die Erbschaftsgläubiger ihre Befriedigung fordern können, c. 22 cit. pr. quatenus — inquietentur; § 4 . . ut in tantum — heredes amittant.

[3] c. 22 cit. § 4 i. f. Durch diese Wirkungen unterscheidet sich die Separation beim beneficium inventarii zum Schutz des Erben von der Separation beim s. g. beneficium separationis zum Schutz der Gläubiger (§ 35): hier werden die einzelnen Erbschaftsrechte das ausschließliche Befriedigungsmittel der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer mit der Wirkung, daß sie alle Veräußerungen des Erben anfechten können. Deshalb müssen sie auch dem Beneficialerben gegenüber das beneficium separationis beim Richter besonders nachsuchen; durch das beneficium inventarii des Erben erhalten sie es nicht.

[4] c. 22 cit. § 4.

so kann der Erbe von ihr ohne Schaden zurücktreten.[1] Demgemäß gelten folgende Vorschriften:

a. Wenn der Erbe verpfändete Erbschaftssachen bona fide und für die Erbschaft verkauft hat, um mit dem Pretium andere Erbschaftsgläubiger oder Vermächtnißnehmer zu befriedigen, so verlieren die Pfandgläubiger ihr Pfandrecht, damit die Evictionsklage gegen den Erben ausgeschlossen ist.[2] Kennt dagegen der Erbe die Pfandrechte, oder veräußert er die verpfändeten Sachen für seine eigenen Zwecke, so gehen die Pfandrechte nicht unter. Auf Schutz gegen unverschuldeten Schaden muß sich die Wirkung des beneficium inventarii beschränken, und einen Gewinn darf der Erbe aus der Erbschaft nicht haben, so lange die Erbschaftsgläubiger nicht befriedigt sind.[3]

b. Gegen die Vermächtnißnehmer, welche mit dem Preis für verpfändete Erbschaftssachen bezahlt sind, haben die bisherigen Pfandgläubiger die condictio indebiti, und gegen Vermächtnißnehmer, deren Befriedigung durch pfandfreie Vermögensstücke erfolgt ist, können auch die Chirographargläubiger diese Klage anstellen, weil aus einer insolventen Erbschaft keine Vermächtnisse geschuldet werden. Haben dagegen Vermächtnißnehmer die verpfändeten Erbschaftssachen selbst, nicht den Preis als Zahlung erhalten, so verbleibt den Gläubigern ihr Pfandrecht und folgeweise die actio hypothecaria gegen die Vermächtnißnehmer und gegen die Successoren, an welche sie die empfangenen Sachen veräußert haben.[4]

c. Gegen nachstehende Pfandgläubiger, die mit dem Preise für verpfändete Erbschaftssachen (per dationem pecuniarum) bezahlt sind, haben die vorgehenden Pfandgläubiger auf Herausgabe des Empfangenen eine condictio ex lege, die nur durch die Offerte der Zahlung abgewandt werden kann. Sind dagegen nachstehende

---

[1] c. 22 cit. § 13 . . . liceat et adire hereditatem et sine damno ab ea discedere; § 14 . . . adeuntes sine damno conservantur.

[2] c. 22 cit. § 7. 8.

[3] c. 22 cit. § 10 . . . neque lucrum neque damnum aliquod heres ex huiusmodi sentiat hereditate.

[4] c. 22 cit. § 5. Vgl. l. 5. 61. 66 D. de cond. ind. (12. 6), l. 17 D. de m. c. don. (39. 6).

Gläubiger d. i. schlechtere Pfandgläubiger oder Chirographargläubiger statt mit dem Preise mit verpfändeten Erbschaftssachen selbst bezahlt, so behalten die creditores ex anterioribus hypothecis ihr Pfandrecht mit der actio hypothecaria gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sachen.[1] Zu den nachstehenden Gläubigern gehört auch der Erbe, wenn er sich für seine eigenen Forderungen aus der Erbschaft so bezahlt gemacht hat, daß dadurch Pfandgläubiger verkürzt sind: hier haben diese auch gegen ihn die condictio ex lege bez. die actio hypothecaria.[2] Auf Pfandgläubiger ist die condictio ex lege beschränkt. Privilegirte Chirographargläubiger können das an gewöhnliche Chirographargläubiger Gezahlte nicht einklagen;[3] ebensowenig haben gleichberechtigte Chirographargläubiger gegen die Empfänger den Anspruch auf Restitution einer Rate. Zahlungen an chirographarische Gläubiger, die vor Eröffnung des Concurses gemacht sind, können nicht zurückgefordert werden, weil sie ihre Befriedigung ihrer Diligenz verdanken (creditor sibi vigilavit).[4] Chirographargläubiger haben daher nur die condictio indebiti gegen befriedigte Vermächtnißnehmer, und Entschädigungsklagen gegen den Erben, wenn er in mala fide war.[5]

4) Der Erbe erwirbt auf Grund des beneficium inventarii die Erbschaft unter der Voraussetzung, daß sie sich als solvent erweist. Nach den Grundsätzen der Voraussetzung[6] hat er, wenn die Erbschaft erschöpft ist, gegen die Klagen der nicht befriedigten Gläubiger eine exceptio legis: die s. g. exceptio inventarii conficiendi.[7] Die Gläubiger und Vermächtnißnehmer können aber, wenn sie glauben, daß der Erblasser ein größeres als das inventarisirte Vermögen hinterlassen hat, den Mehrbetrag durch alle

[1] c. 22 cit. § 6.

[2] c. 22 cit. § 9.

[3] A. M. Windscheid, Pand. § 606 Note 11.

[4] l. 6 § 7, l. 24 i. f. D. quae in fraud. cred. (42. 8), l. 32 D. de reb. auct. iud. (42. 5), v. Vangerow, Pand. § 697.

[5] Mühlenbruch a. a. O. S. 372.

[6] Windscheid, Pand. § 97 ff.

[7] c. 22 cit. § 4 et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. c. 22 cit. § 7.

zulässigen Beweismittel nachweisen und, si aliae probationes defecerint, den Manifestationseid von dem Erben fordern.[1] Ergiebt sich dabei eine Unterschlagung des Erben, durch welche er callido animo der Erbschaft etwas entzogen hat, ut hereditati damnum det, so muß er den doppelten Werth an die Erbschaftsmasse erstatten, während ihn Veräußerungen, die er bona fide für sich vorgenommen hat, nur zum Ersatz verpflichten.[2] Wird die Insolvenz der Erbschaft schon vor der Erschöpfung constatirt, so kann der Erbe schon jetzt die Wiederaufhebung des Erbschaftserwerbes und die Einleitung des Concurses fordern. Ebenso die Gläubiger: mit der erwiesenen Insolvenz der Erbschaft hört das Recht des Erben auf, die Gläubiger nach der Reihenfolge ihrer Anmeldung zu befriedigen, weil jetzt die Voraussetzung für den Erwerb der Erbschaft ermangelt.[3]

Neben den vom Erblasser hinterlassenen Schulden hat Justinian auch die Schulden aus Singularvermächtnissen unter die Vorschriften über das beneficium inventarii gestellt.[4] Tritt der Erbe die Erbschaft mit diesem Beneficium an, so haftet er aus den ihm auferlegten Vermächtnissen blos bis zum Betrage der erbschaftlichen Activa und hat das Recht auf den Abzug der Falcidischen Quart, unterläßt er die Inventarisirung, so verliert er das Recht auf die Quart und muß den vollen Betrag der Vermächtnisse leisten. Nur

---

[1] c. 22 cit. § 10. Mühlenbruch a. a. O. S. 409 ff.

[2] c. 22 cit. § 10; vgl. l. 71 § 3—9 D. de A. v. O. H. (29. 2). Die Forderung des klagenden Gläubigers wächst durch die Unterschlagung nicht auf das Doppelte an; die poena dupli soll an die Erbschaft restituirt werden § 10 cit i. f. Diese Restitution setzt eine Forderung der Erbschaft gegen das Vermögen des Erben auf das duplum voraus. Die Bestimmung über die poena dupli bestätigt also auch, daß das beneficium inventarii eine Separation der Erbschaft vom Vermögen des Erben bewirkt, s. S. 213 N. 3.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 247, Bd. 28 Nr. 146, Bd. 19 Nr. 168, Bd. 9 Nr. 50.

[4] Durch Nov. 1 c. 2, die hier für die Inventarisirung dieselbe Frist und Form fordert mit der einzigen — heute durch die Praxis beseitigten — Abweichung, daß bei der Errichtung des Inventars neben dem Notar die Legatare und für die abwesenden Legatare drei Zeugen zugezogen werden sollen, c. 2 pr. § 1.

dem minderjährigen Erben ſteht neben der Klage gegen den nachläſſigen Vormund der Anſpruch auf i. i. restitutio zu.[1]

Die Haftung des Erben aus dem ihm auferlegten Univerſalfideicommiß beſchränkt ſich ſtets auf die ihm hinterlaſſene Erbſchaft; durch die Verſäumniß des Inventars verliert er nur das Recht auf den Abzug der Trebellianiſchen Quart.[2] Und für den Univerſalfideicommiſſar gilt die Vorſchrift: den Vermächtnißnehmern haftet er nur ſoweit die Erbſchaft reicht, den Erbſchaftsgläubigern dagegen in derſelben Weiſe, wie ihnen der heres fiduciarius haften würde.[3] Es gereicht ihm alſo zum Vortheil, wenn der Fiduciar die Erbſchaft cum beneficio inventarii angetreten hat, aber er ſelbſt kann ſich nicht durch die Errichtung eines Inventars die Rechte eines Beneficialerben verſchaffen. Das beneficium inventarii iſt nur eine Rechtswohlthat des directen Erben.[4]

---

[1] Nov. 1 c. 2 § 2, c. 4 § 1. 2. Seuffert Arch. Bd. 3 Nr. 79. Durch dieſe Vorſchrift hat Juſtinian das noch in c. 22 cit. § 4. 12. 14. feſtgehaltene alte Recht aufgehoben, nach welchem der Erbe ohne Rückſicht darauf, ob er die Erbſchaft cum oder sine beneficio inventarii angetreten hatte, aus Vermächtniſſen ſtets nur bis zum Betrage der Erbſchaft obligirt wurde. Die Aufhebung des alten Rechts beſchränkt ſich aber auf den Fall, wo der Erbe die Erbſchaft ohne Erbittung eines tempus deliberandi erworben hat Die in § 16 dargeſtellten Grundſätze des Deliberationsrechts haben durch die Novelle keine Abänderung erfahren. Während der Deliberation des Erben ſteht der Nachlaß unter der Obhut des Richters, der durch ſeine Aufſicht und durch Anordnung einer Curatel für die Erhaltung deſſelben Fürſorge treffen kann, l. 5 § 1, l. 6. 7. D. de iure delib. (28. 8), l. 3 D. de curat. (27. 10); deshalb beſchränkt ſich hier die Strafe für die verſäumte Inventariſirung auf den Verluſt der Falcidiſchen Quart, c. 22 cit. § 14 i. f. Der Erwerb der Erbſchaft durch den Erben ohne Deliberation ſchließt jene Fürſorge des Richters aus, deshalb zieht hier die Verſäumniß des Inventars die weitere Strafe nach ſich, daß der Erbe für die Vermächtniſſe mit ſeinem eigenen Vermögen haftet, Nov. 1 c. 2 § 2. Dieſe Strafe trifft auch den pflichttheilsberechtigten Erben wenn er nicht inventariſirt, Nov. 1 c. 4 § 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 418 ff.

[2] Mühlenbruch a. a. O. S. 417.

[3] § 4. 7 I. de fideic. hered. (2. 23), l. 1 § 1. 2 D. ad SC. Treb. (36. 1), l. 1 § 17 D. eod.

[4] Mühlenbruch a. a. O. S. 432 ff.

b. Durch das ſ. g. beneficium separationis.*

§ 35.

Es iſt billig, daß den Erbſchaftsgläubigern, qui defuncti fidem secuti sunt, und, weil Vermächtnißſchulden Erbſchaftsſchulden ſind,[1] auch den Vermächtnißnehmern, um ſich vor Schaden zu bewahren, die Wahl zuſteht, ob ſie den Erben zum Schuldner haben, oder eine abgeſonderte Befriedigung aus dem erbſchaftlichen Vermögen für ſich beanſpruchen wollen. Die erſte Alternative iſt angezeigt, wenn der Erbe ſolvent, die Erbſchaft inſolvent iſt, die zweite, wenn es ſich umgekehrt verhält, oder wenn, weil beide inſolvent ſind, durch das Hinzutreten der eigenen Gläubiger des Erben die Erbſchaftsgläubiger weniger bekommen würden.[2] Dieſes der Billigkeit entſprechende Wahlrecht hat ſchon das vorjuſtinianiſche Recht den Erbſchaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern eingeräumt. Es gelten für daſſelbe folgende Grundſätze:

1) Die Ausübung des Wahlrechts erfolgt durch die ausdrückliche oder ſtillſchweigende Erklärung, ſich an den Erben halten zu wollen,[3] oder aber durch ein Geſuch an den Richter, die Trennung der Erbſchaft von dem eigenen Vermögen des Erben

---

* D. 42. 6 de separationibus. C. 7. 72 de bonis auctor. iud. possid. s. venumdand. et de separationibus bonorum. Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 186, Brinz, Pand. § 157, Windſcheid, Pand. § 607. Ubbelohde, Arch. f. civ. Pr. Bd. 61 S. 63 ff.

[1] l. 40 D. de O. et A. (44. 7). Hereditariarum actionum loco habentur legata, quamvis ab herede coeperint.

[2] l. 1 § 1 D. de sep. (42. 6) . . . est igitur aequissimum . . . desiderantes separationem audiri . . .

[3] Dieſe ſtillſchweigende Erklärung liegt z. B. vor, wenn ſie animo novandi ab herede stipulati sunt . .; si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum . .; quodammodo eum elegerunt, l. 1 § 10 D. eod. Dieſem Fall ſteht gleich die Annahme von Zinſen, Pfändern, Bürgſchaften l. 1 § 10. 11. 15 D. eod. Ebenſo enthält die Anſtellung der Klage gegen den Erben dieſe ſtillſchweigende Erklärung, wenn ſie mit der Abſicht geſchehen iſt, den Erben als Schuldner zu erwählen, l. 1 § 10 D. eod. ea mente quasi eum eligendo exegerunt, ſonſt nicht, l. 7 D. eod., weil ſie keinen andern Beklagten haben, und der Erbe trotz der Separation das Subject des erbſchaftlichen Vermögens iſt, l. 1 § 1 D. eod. quasi duorum fieri bonorum venditionem, l. 5 D. eod. quasi defuncti bona vendiderunt, Brinz, Pand. § 157.

mit der Bestimmung zu verfügen, daß sie zunächst nur zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer zu verwenden und den Gläubigern des Erben blos der Ueberschuß zu überlassen sei. Ueber dieses Gesuch entscheidet der Richter durch Decret[1] nach vorgängiger causae cognitio, ob das remedium indemnitatis als nach den Umständen billig zu bewilligen sei oder nicht.[2] Der Zweck der Separation ist die Beseitigung der Gefahr einer mindestens nicht vollständigen Befriedigung durch eine Concurrenz mit den eigenen Gläubigern des Erben.[3] Daher gehört zur Begründung des Gesuchs, wenn auch nicht der Nachweis der Ueberschuldung des Erben, doch der Nachweis, daß eigene Gläubiger des Erben vorhanden sind, mit welchen jene Concurrenz zu befürchten steht.[4] Zwecklos darf die Separation durch den Richter nicht verfügt werden. Und ohne richterliche Verfügung durch den bloßen Antritt der Erbschaft cum beneficio inventarii kann das beneficium separationis nicht von den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern erworben werden.[5]

2) Die Ertheilung des remedium bewirkt, daß die einzelnen Erbschaftsrechte das ausschließliche Befriedigungsmittel der Erbschaftsgläubiger werden. Veräußerungen des Erben aus der Erbschaft nach der Ertheilung können deßhalb von den Gläubigern angefochten werden, aber nichtig sind sie nicht.[6] Die Ertheilung des remedium bewirkt ferner, daß die Gläubiger sich nicht an das Vermögen des Erben halten können, wenn die Erbschaft zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, auch nicht an den Ueberschuß, der dem Erben nach der Befriedigung seiner Gläubiger verblieben ist,[7] während den von der Erbschaft verbleibenden Ueberschuß die

[1] l. 1 pr. § 1 D. eod. Ueber die Frage, welches Gericht um Zulassung der Separation angegangen werden muß vgl. Ubbelohde a. a. O.

[2] l. 1 § 14 D. eod.

[3] c. 2 C. de bon. auctor. (7. 72), l. 1 § 5 D. de separ. (42. 6).

[4] Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 173. Es giebt aber auch Gerichte, welche diesen Nachweis nicht nöthig halten, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 312, Bd. 15 Nr. 37.

[5] § 34 Seite 213 Note 3.

[6] l. 1 § 3 D. eod. Auch die Veräußerung vor der Separation ist anfechtbar, wenn sie eine betrügerische war, l. 2 D. eod.

[7] l. 5 D. eod. Paul. . . . non poterunt reverti ad heredem, sed

Gläubiger des Erben für ſich in Anſpruch nehmen können.[1] Ausgeſchloſſen iſt die Ertheilung des remedium, ſobald die Gläubiger den Erben als ihren Schuldner anerkannt haben.[2] Es ſteht ihnen nur die Wahl zwiſchen dem Erben und dem erbſchaftlichen Vermögen zu. Mit jedem Wahlrecht verbindet ſich ein Deliberationsrecht. Deshalb hört mit der Wahl die bisherige Alternative auf.[3] Nur eine iustissima causa ignorantiae giebt den Anſpruch auf Reſtitution.[4]

3) Die Perſonen, denen das Wahlrecht zuſteht, ſind nach dem Billigkeitsgrunde, auf welchem es beruht, die Erbſchaftsgläubiger und die Legatare.[5] Wer von ihnen die Separation nicht erbittet, zählt zu den Gläubigern des Erben.[6] Dieſe haben das remedium nicht.[7] Der Tod des Schuldners darf ſeinen Gläubigern nicht zum Nachtheil gereichen; aber einen Schutz gegen die

---

eo, quod semel postulaverunt, stare debent; . . . quod si proprii ad solidum pervenerunt, id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant; mihi autem id non videtur: cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt . . . l. 1 § 17 D. eod. Ulp. . . . cuius rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari. Das Gegentheil ſagt l. 3 § 2 D. eod Papin. Die Antinomie ſchließt die Entſcheidung der Quellen aus. Das Recht der Wiſſenſchaft führt aber aus den im Text entwickelten Gründen zu der Entſcheidung von Ulpian u. Paulus. A. M. Windſcheid Pand. § 607 Note 10; gegen ihn Arndts, Pand. § 525 Anm. 3, der keine Antinomie annimmt, ſondern die Anſicht von Ulpian und Paulus als die von den Compilatoren gebilligte betrachtet.

[1] l. 3 § 2 i. f. D. eod.

[2] l. 1 § 10. 11. 15 D. eod.

[3] § 6 S. 97 Note 5.

[4] l. 1 § 17 D. eod.

[5] l. 6 pr. D. eod. Vgl. Fritz im Arch. f. civil. Pr. Bd. 12 S. 244.

[6] l. 1 § 16 D. eod.

[7] Der Erbe müßte denn in fraudem creditorum die Erbſchaft angetreten haben, und adversus calliditatem der Prätor extraordinäre Hülfe gewähren, quod non facile admissum est, l. 1 § 5 D. eod. Oder der Erbe müßte als Fiduciarius zum Antritt gezwungen, und dann die Reſtitution der Erbſchaft unmöglich geworden ſein, weil kein Fideicommiſſarius mehr exiſtirt; hier kann von ihm ſelbſt und auch von ſeinen Gläubigern die Separation gefordert werden. l. 1 § 6 D. eod.

nachtheiligere Lage, in welche ein Schuldner seine Gläubiger durch Contrahirung neuer Schulden bringt, giebt es nicht.[1]

4) Der Verlust des Wahlrechts tritt aus folgenden Gründen ein: wenn fünf Jahre seit dem Erwerb der Erbschaft abgelaufen sind,[2] und wenn und soweit der Erbe bona fide die Erbschaft verkauft, oder durch Vermischung mit seinem eigenen Vermögen die Separation unmöglich gemacht hat.[3] Durch den Tod des Erben erlischt das Wahlrecht nicht. Die Gläubiger des ersten Erblassers können die Separation verlangen sowohl gegen die Gläubiger des zweiten Erblassers als gegen die des zweiten Erben, und die Gläubiger des Vaters gegen die des Pupillarsubstituten, wenn der Vater vom Pupillen beerbt wurde.[4]

3. Rechtsverhältnisse der Miterben.

A. Aus der Communio.*

a. Gemeinschaft der universitas und der res singulae.

§ 36.

Durch die Universalsuccession mehrerer Erben entsteht für sie wegen der Duplicität des Erwerbes[1] eine doppelte Rechtsgemeinschaft: eine communio hereditatis[2] nach Quoten,[3] und per uni-

[1] l. 1 § 2 D. eod.

[2] l. 1 § 13 D. eod.

[3] l. 1 § 12, l. 2 D. eod.

[4] l. 1 § 7. 8 D. eod.

* D. 10. 2, C. 3. 36 familiae erciscundae. D. 10. 3, C. 3. 37 communi dividundo. C. 3. 38 communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. Glück, Comment. Bd. 11 S. 1—166, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 188, Bd. 2 § 122, Heimbach, Rechtslexik. III. S. 847 ff., Zimmermann, Arch. f. civil. Pr. Bd. 34 S. 192 ff., S. 323 ff. (1851), Eck, die doppelseitigen Klagen des römischen und heutigen gemeinen deutschen Rechts S. 88 ff. (1870); dazu Göppert in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 14 S. 532 ff. (1872), Geib, die rechtliche Natur der actio communi dividundo (Tübinger Inaugural-Dissertation 1882).

[1] Vgl. Einleit. S. 19 u. § 33.

[2] c. 8 C. fam. erc. (3. 36). Bona . . . communia . . . ex hereditaria successione . . .

[3] pro partibus hereditatis indivisis, l. 7 pr. D. si pars hered. pet. (5. 4), c. 17 C. h. t. (3. 36).

versitatem eine communio singularum rerum hereditariarum[1] theils mit theils ohne Quoten. Die hinterlassenen conditiones usucapiendi,[2] Eigenthumsrechte, emphyteutischen und superficiarischen Rechte werden gemeinschaftlich nach Quoten;[3] dagegen bei den erbschaftlichen Pfandrechten,[4] Pfandhaftungen,[5] Prädialservituten[6] und untheilbaren Obligationen[7] tritt eine Gemeinschaft ohne Theile ein,[8] und bei den Forderungen und Schulden auf theilbare Leistungen ist die Gemeinschaft ausgeschlossen, weil sie ipso iure unter die mehreren Erben getheilt sind.[9]

Die communio hereditatis, welche die mehreren Erben zu Miterben (coheredes), und ihr Erbrecht zum Miterbrecht macht mit der hereditatis petitio (partiaria) zur Vindication ihrer Quote,[10] begründet zugleich für sie das Recht, aus der communio auszu-

---

[1] l. 44 pr. D. fam. erc. (10. 2).

[2] Vgl. § 2 S. 53 sub 1. l. 7 § 2 D. comm. divid. (10. 3).

[3] l. 4 pr. l. 7 pr. D. eod., l. 1 § 8 D. de superf. (43. 18).

[4] c. 1 C. si un. ex plur. hered. (8. 32) . . . defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. l. 11 § 4 D. de pign. act. (13. 7), l. 14 D. de distr. pign. (20. 5). Das hinterlassene Pfandrecht wird nicht getheilt, es bleibt Ein Pfandrecht, welches den Miterben gemeinschaftlich mit solidarischer Berechtigung zusteht, vgl. Brinckmann, Verh. der act. comm. divid. u. act. neg. gest. S. 133. A. M. Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 200 ff. Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 2 § 356.

[5] c. 2 C. l. c. (8. 32) . . cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequitur qui possident, tenentes non pro modo singularum (portionum) substantiae conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant vel eo quod detinent cedant.

[6] l. 4 § 3. 4, l. 6 § 4 D. si serv. vind. (8. 5), l. 7 D. de serv. leg. (33. 3).

[7] l. 17 D. de serv. (8. 1), l. 2 § 1. 2. 5, l. 3. 4 pr., l. 72 pr., l. 85 § 2. 3, l. 131 pr. D. de V. O. (45. 1).

[8] l. 19 D. si serv. vind. (8. 5) . . . de communi servitute . . . l. 31 § 7 D. de neg. gest. (3. 5) . . . communis aquae . . . l. 34 § 1 D. de solut. (46. 3) . . . obligatio communis, l. 31 § 1 D. de novat. (46. 2) . . . commune ius stipulantis . . . l. 7 § 6, l. 19 § 4 D. comm. divid. (10. 3), l. 25 § 9—14, l. 29 D. fam. erc. (10. 2). Vgl. Brinz, Pand. (2. Aufl.) I § 131 S. 477, § 199, S. 799, Eck a. a. O. S. 125 ff.

[9] c. 6 C. fam. erc. (3. 36), l. 1 D. comm. divid. (10. 3).

[10] l. 1 D. si pars hered. pet. (5. 4).

ſcheiden, geſchützt durch die actio familiae erciscundae auf divisio hereditatis durch den Richter.[1] Neben dieſer Univerſaltheilungsklage haben die Miterben aus der communio rerum hereditariarum als Miteigenthümer, Mitſuperficiare u. ſ. w. auch eine Singulartheilungsklage: die actio communi dividundo[2] auf divisio der res singulae durch den Richter.[3]

Auf die Principien der actio communi dividundo hat es keinen Einfluß, ob die Gemeinſchaft durch Erbfolge oder durch eine andere Cauſa entſtanden iſt.[4] Eine den Miterben eigenthümliche Klage iſt deshalb nur die Univerſaltheilungsklage, deren Theorie in den folgenden Paragraphen dargeſtellt iſt.

b. Actio familiae erciscundae.*

α. Klagegrund.

§ 37.

Der Klagegrund (causa petendi) der actio familiae erciscundae iſt das Recht auf Auflöſung der communio hereditatis durch richterliche divisio hereditatis ex aequo et bono.[1] Dieſes Recht begreift auch die Rechtsfolgen der communio,[2] und demgemäß

[1] l. 1 pr. D. fam. erc. (10. 2). Haec actio proficiscitur e lege XII tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur. l. 2 pr. D. eod. Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas. Isidor. Etim. V. c. 25. 9 Familia erciscunda est divisio hereditatis inter heredes. § 20 I. de act. (4. 6) . . . permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare. Ueber die Etymologie des Wortes erciscі oder hercisci vgl. Corſſen, krit. Beitr. z. lat. Formenlehre S. 39 u. Beitr. z. ital. Sprachkunde S. 113.

[2] l. 44 pr. D. fam. erc. (10. 2).

[3] l. 4 pr. D. comm. div. (10. 3). Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis. Seuffert, Arch. Bd. 37 Nr. 208.

[4] Die Theorie dieſer Klage iſt deshalb nicht im Erbrecht darzuſtellen, vgl. über dieſelbe Windſcheid, Pand. § 449.

* Vgl. § 36 *.

[1] Vgl. oben Note 1.

[2] l. 44 pr. D. fam. erc. (10. 2) . . . res quae eorum communes sint et causae ex his rebus pendentes in iudicium veniant.

die divisio die vollſtändige Auseinanderſetzung der Miterben. Sie beſteht nicht blos in einer Theilung und Vertheilung der Erbſchaft,[1] welche auf dem Wege der Adjudication und, wo es zur Ausgleichung erforderlich iſt, auf dem Wege der Condemnation den Miterben die Aequivalente ihrer Erbportionen gewährt, ſondern auch in der Erledigung der obligatoriſchen Anſprüche (praestationes personales), die durch die gemeinſame Erbfolge quasi ex contractu[2] unter den Miterben entſtanden ſind.[3] Gleichwohl iſt die actio familiae erciscundae nur Eine Klage.[4] Sie hat nur den einzigen Zweck der divisio hereditatis, aber nach dieſem Zweck hat ſie einen doppelten Inhalt: ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones.[5] Sie geht bei dem Bedürfniß der vollſtändigen Auseinanderſetzung zugleich auf die divisio rerum

---

[1] l. 1 pr. D. eod. . . qua inter eos res hereditariae distribuerentur.

[2] § 3. 4 I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27).

[3] § 4 I. de off. iud. (4. 17). Si familiae erciscundae iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adiudicare debet et, si in alterius persona praegravare videatur adiudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia . . . condemnare, eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit aut rem hereditariam corrupit aut consumsit; quae quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur. l. 4 § 3 D. commun. div. (10. 3).

[4] l. 11 § 2 D. de iurisd. (2. 1). Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae erciscundae . . . utrum singulae partes spectandae sunt circa iurisdictionem eius qui cognoscit, quod Ofilio et Proculo placet, quia unusquisque de parte sua litigat: an potius tota res, quia et tota res in iudicium venit et vel uni adiudicari potest, quod Cassio et Pegaso placet: et sane eorum sententia probabilis est. l. 27 D. fam. erc. (10. 2) . . . ex uno iudicio. Die communio hereditatis begründet nicht zwei ſelbſtändige Klagen, neben der Klage auf Adjudication eine Klage auf einzelne perſönliche Anſprüche, und auch nicht Eine Klage, in welcher aber das Commodum einer ſelbſtändigen Erſatzklage enthalten wäre, Donell. de iure civil. XV c. 23, Schröder, das Commodum bei der Erbſchaftsklage S. 41. 82; vgl. Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 176 S. 707, Steinlechner, Weſen der iur. commun. II S. 134, Geib a. a. O. S. 11.

[5] l. 22 § 4 D. fam. erc. (10. 2). Mommsen Dig. ſtreicht hier actiones, vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 5 S. 89 Note y u. Bekker, Aktionen I S. 232 Note 13.

und praestationum, d. h. sie geht auch auf die Entwirrung und Vereinigung jener obligatorischen Ansprüche.[1] Hinsichtlich dieser ist sie in personam, hinsichtlich jener, weil die Adjudication aus einem Recht an der Sache erfolgt, in rem; daher schließt sie eine mixta causa in sich.[2] Aber das Recht, aus welchem sie zusteht, ist weder ein absolutes Recht gegen Jedermann,[3] noch eine Obligation unter

[1] Brinz, Pand. § 167 S. 712.

[2] § 20 I. de action. (4. 6). Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam, qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate, item communi dividundo . . ., item finium regundorum . . .; in quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegavari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare. Die mixta causa wird in verschiedener Weise erklärt: aus den beiden Bestandtheilen der formula, dem rein persönlichen auf Obligationen gerichteten Bestandtheil und der unpersönlich gefaßten adiudicatio, Gaius IV. 42, v. Savigny, System Bd. 5 S. 89; aus der Natur der iudicia divisoria als solcher persönlicher Klagen, die das Bestehen eines dinglichen Rechts voraussetzen, Wächter, Württemb. Privatr. Bd. 2 S. 420; aus ihrem Erfolge, der theils in der Begründung dinglicher Rechte, theils in der Verpflichtung zu persönlichen Leistungen bestehe, Eck a. a. O. S. 91; aus einer theoretischen Verlegenheit in Folge des angenommenen Dogma's von der Erschöpfung aller Klagfälle durch die Eintheilung der Klagen in actiones in rem und in personam, Göppert a. a. O. S. 558, vgl. Bekker a. a. O. S. 229 ff. S. 240. — Wegen der mixta causa streitet die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis auch über den Gerichtsstand bei der Erbtheilungsklage, vgl. einerseits Heise u. Cropp Abhandl. I S. 129 ff., Eck a. a. O. S. 92, und andererseits Bekker a. a. O. S. 242, Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 45. Nach der Reichscivilproceßordnung § 28 kann sie vor dem Gericht erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand hatte, auch wenn sich der Nachlaß dort nicht mehr befindet.

[3] Sie gründet sich nicht in dem Miterbrecht und geht nicht auf „Realisirung" des Miterbrechts durch Theilung, wie auch die actio communi dividundo nicht unmittelbar aus dem Miteigenthum entspringt und nicht auf Realisirung desselben durch Theilung gerichtet ist, eine Ansicht, die vertreten wird von Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 176 a. E., Steinlechner a. a. O. II. S. 141, Eisele, Arch. f. civ. Pr. Bd. 63 S. 69. Das Miterbrecht giebt dem coheres nur die Befugniß, über seine Erbschaftsquote, weil sie ihm gehört, selbständig zu verfügen und sie vom Besitzer zu vindiciren, l. 7 D. si pars hered. pet. (5. 4); es läßt sich also nur auf diese Weise realisiren, vgl. Geib a. a. O. S. 44. Nach diesem Inhalt kann das Miterbrecht auch nicht einen Theil des Klagegrundes für die actio fam. erc. bilden, wie Eck

den Miterben,[1] weil es auf eine Leistung gerichtet ist, die von den Miterben nicht gemacht werden kann. Dieses Recht enthält nur die Befugniß jedes Miterben, in der Form des Processes von dem Richter die Vornahme eines Geschäfts zu verlangen: die divisio hereditatis ex aequo et bono.[2] Deshalb kann es von den Miterben nicht blos gegen einander, sondern auch gemeinschaftlich geltend gemacht werden;[3] deshalb verbindet sich mit dem Recht für alle Theile die gesetzliche Verpflichtung, sich dem Ermessen des Richters über die Modalitäten der Auseinandersetzung zu unterwerfen;[4] und deshalb endigt das Verfahren vor dem Richter mit einem Spruch, der diese Auseinandersetzung unter den Betheiligten durch Adjudicationen, Condemnationen oder Befehle des Richters zu Cautionen u. s. w. sofort zur Ausführung bringt.[5] Die actio familiae erciscundae ist also eine Klage von anomaler Natur,[6]

a. a. O. annimmt, der die Theilungsklagen z. B. mit der actio aquae pluviae arcendae auf eine Linie stellt, l. 6 § 4 D. de aqua (39. 3). Der Proceß über die actio fam. erc. hat das Miterbrecht der Parteien zur Voraussetzung, l. 1 § 2 D. si pars hered. pet. (5. 4), l. 36 D. fam. erc. (10. 2), aber es wird in diesem Proceß nicht über das Miterbrecht verhandelt und entschieden; nur ausnahmsweise ist es ein präparatorischer Incidentpunkt, l. 1 § 1 D. eod., s. unten Seite 235.

[1] Dies ist die herrschende auf § 3. 4 I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27) gestützte Ansicht; hier ist aber nur von den praestationes personales die Rede, auf welche sich das durch die actio fam. erc. verfolgte Recht der Auseinandersetzung mit erstreckt; vgl. Puchta, Pand. u. Vorl. § 373, § 511, Arndts, Pand. § 320, § 527, Windscheid, Pand. § 449 sub 3, § 608 Note 4. Heise u. Cropp Abh. I. S. 135, Zimmermann a. a. O. S. 198, Eck a. a. O. S. 90 ff., Steinlechner a. a. O. II S. 138 ff.

[2] Geib a. a. O. S. 92 ff., Göppert a. a. O. S. 559. Besitzt der Kläger die Erbschaft, so kann der Beklagte auch mit der hereditatis petitio als Widerklage die Erledigung dieses Geschäfts bewirken, l. 51 § 1 D. fam. erc. (10. 2) . . . si tu iustam causam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius quam familiae erciscundae iudicium negotium distrahere velis.

[3] l. 13. 14 D. de iudic. (5. 1).

[4] § 20 I. de act. (4. 6), l. 3, l. 22 § 1—3, l. 47, l. 52 § 2 D. fam. erc. (10. 2). Göppert a. a. O. S. 554, Geib a. a. O. S. 10, 32 ff.

[5] § 7 I. de off. iud. (4. 17). Bekker a. a. O. I S. 231, Zimmermann a. a. O. S. 195, Göppert a. a. O. S. 559, Geib a. a. O. S. 94.

[6] In l. 57 D. fam. erc. (10. 2) wird sie als iurgium bezeichnet,

eine actio, die den Zweck hat, eine Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit[1] mit den Mitteln des Processes zu erledigen.[2]

Eine solche Klage auf richterliche divisio, die außerhalb des Kreises der gewöhnlichen Klagen und Processe liegt, knüpft sich an jede communio iuris als ein unveräußerlicher und unverjährbarer Bestandtheil. Sie hat ihren Grund in dem gleichmäßigen Bedürfniß aller Communionsinteressenten, sich von einander los zu machen,[3] wenn es das mangelnde Einverständniß oder sonst ihr Interesse fordert.[4] Zu diesem Zweck müssen sie, bei der Gefahr, daß die vertragsmäßige Auseinandersetzung nicht gelingt, oder nicht zu erreichen ist, ohne sich ungerechten Anforderungen des Gegners zu unterwerfen, die Gemeinschaft mit ihren Rechtsfolgen unter den durch die Gerichts- und Proceßeinrichtungen gewährten Garantien der Unparteilichkeit aufheben können.[5] Auf diesem Bedürfniß beruhen die Vorschriften des römischen Rechts: daß Niemand zum Verbleiben in einer communio genöthigt,[6] daß das Recht auf Auflösung

---

vgl. Nonius Marcellus de diff. verb. V. 38: iurgium et lis hanc habent distantiam, quod iurgium levior res est: si quidem inter benevolos aut propinquos dissensio vel concertatio iurgium dicitur, inter inimicos dissensio lis appellatur. Göppert a. a. O. S. 559, Geib a. a. O. S. 89.

[1] Windscheid, Pand. § 449 Note 15. 16, § 608 Note 5 stellt die Klage ganz in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auch in dem Fall, wenn sich ein Theilhaber der Theilung widersetzt, während Zimmermann a. a. O. S. 206 nach heutigem Recht den Fall des Einverständnisses über die Theilung, und den Fall, wo sie von der einen Partei verweigert wird, unterscheiden will, um dort einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzunehmen, hier einen eigentlichen Proceß über die Verbindlichkeit zur Theilung, der mit dem Urtheil, daß, was und wie getheilt werden soll, endige, und die Theilung selbst auf dem Wege des Executionsverfahrens geschehe. Vgl. auch Eck a. a. O. S. 141 Note 532.

[2] Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 7. S. 67 ff., und Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 324.

[3] l. 1 pr. D. fam. erc. (10. 2) . . . necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.

[4] l. 28 D. commun. div. (10. 3), l. 13 § 3 D. de usufr. (7. 1), l. 26 D. de serv. pr. urb. (8. 2), l. 77 § 20 D. de legat. (31).

[5] Göppert a. a. O. S. 559.

[6] c. 5 C. commun. div. (3. 37). In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri.

der Gemeinschaft nicht durch Verjährung aufgehoben,[1] und daß es auch durch letztwillige Disposition oder Vertrag nicht für immer ausgeschlossen werden kann, sondern nur auf eine bestimmte Zeit, soweit es nach der bona fides gerechtfertigt erscheint.[2]

Zu den praestationes personales, auf welche sich die actio familiae erciscundae erstreckt, zählen nur die, welche Rechtsfolgen des gemeinsamen Erbschaftserwerbes, und deshalb als erbschaftliche zu betrachten sind. Sie müssen auf Grundlage der communio hereditatis, oder auf der weiteren Grundlage der communis successio entstanden sein.[3] Obligatorische Ansprüche aus der Zeit vor der Erbfolge und vor Kenntniß der Erbfolge können nicht mit der Erbtheilungsklage geltend gemacht werden.[4]

Die communio hereditatis legt nach dem Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses, welches Schutz für das Interesse der Gesammtheit fordert,[5] jedem Miterben folgende Verpflichtungen auf: die Pflicht, die Mitberechtigung der übrigen anzuerkennen,[6] die Pflicht zur diligentia quam suis, wo er sich wegen seines eigenen Antheils mit der Verwaltung der res communes befassen muß,[7] und die Pflicht zur Caution, wo sie durch die Interessen seiner Genossen geboten ist.[8] Diese Verpflichtungen knüpfen unter den Mit-

---

[1] c. 1 § 1 C. de ann. exc. (7. 40), Windscheid, Pand. § 106 Note 4. Selbstverständlich kann aber ein Miterbe durch Verjährung die hereditatis petitio auf seinen Antheil verlieren, und ihm so indirekt durch Verjährung auch das Recht auf Aufhebung der communio entzogen werden. Vgl. Glück a. a. O. S. 22, Geib a. a. O. S. 38, Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 127, Bd. 4 Nr. 223.

[2] l. 14 § 2 D. commun. div. (10. 3). Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet. l. 14 § 3 D. eod., l. 4 pr. D. de cond. instit. (28. 7); vgl. l. 19 § 1 D. h. t. (10. 3), Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 176, Bd. 15 Nr. 126, Bd. 22 Nr. 138, Zimmermann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 54 S. 421 ff.

[3] Brinz, Pand. § 166 S. 711.

[4] l. 25 § 8 i. f., l. 49 i. f. D. fam. erc. (10. 2), l. 4 § 3. 4 D. commun. div. (10. 3). Vgl. § 46 über die rückwirk. Kraft des Erbschaftserwerbes.

[5] Vgl. v. Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 334 ff.

[6] Windscheid, Pand. § 449 Note 4.

[7] l. 25 § 16 D. fam. erc. (10. 2).

[8] S. unten Seite 231.

erben ein obligatoriſches Band (quasi ex contractu),[1] aus dem ſich folgende praestationes personales ableiten, die zu den res hereditariae als causae ex his rebus pendentes[2] gehören:

1) Der Anſpruch jedes Miterben auf Ausübung ſeiner Mitberechtigung an allen erbſchaftlichen Gegenſtänden[3] und folgeweiſe darauf, daß die übrigen Miterben die Grenzen ihrer Mitberechtigung nicht überſchreiten und die im gemeinſamen Intereſſe nothwendigen Maßregeln dulden.[4]

2) Der Anſpruch auf partiellen Erſatz deſſen, was ein Miterbe aus der Erbſchaft in ſein Vermögen gebracht hat.[5]

3) Der Anſpruch auf partiellen Erſatz der Auslagen, die ein Miterbe bona fide in untrennbar gemeinſchaftlichen Angelegenheiten animo heredis gemacht hat; ſind ſie von ihm in Unkenntniß über ſein Erbrecht, oder in Angelegenheiten gemacht, bei welchen er ſich auf ſeinen Antheil beſchränken konnte, ſo muß er den Erſatzanſpruch, weil er nicht zu den res hereditariae gehört, durch die actio negotiorum gestorum geltend machen.[6]

---

[1] § 3. 4 I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27).

[2] l. 44 pr. D. fam. erc. (10. 2).

[3] l. 52 § 1 D. eod. Servus liber et heres esse iussus id quod ex rationibus, quas patrifamilias gessisset, penes se retineret iudicio familiae erciscundae coheredibus suis praestabit.

[4] l. 13 pr. § 1, l. 19 § 1. 2, l. 26 D. de serv. pr. urb. (8. 2), l. 4 D. de serv. leg. (33. 3), l. 3 § 1. 2 D. de O. N. N. (39. 1), l. 2 D. comm. div. (10. 3), l. 13 § 3 D. de usufr. (7. 1), Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 38, Bd. 8 Nr. 345, Bd. 16 Nr. 193, 194 und dagegen Bd. 9 Nr. 268. Vgl. Eck a. a. O. S. 98 ff.

[5] l. 19 D. h. t. (10. 2) . . . prospicere iudex debet, ut, quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit stipulatusve est, non ad eius solius lucrum pertineat. Quae ita scilicet consequetur iudex, si aut reputationes inter eos fecerit, aut si curaverit cautiones interponi, quibus inter eos communicentur commoda et incommoda. So wenn ein Miterbe die Früchte von einer Sache, von der er wußte, daß ſie zur Erbſchaft gehöre, allein gezogen hat, l. 44 § 3, l. 56 D. eod., c. 9 C. h. t. (3. 36), § 3. 4 I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27), § 4 I. de off. iud. (4. 17).

[6] c. 18 § 1 C. fam. erc. (3. 36). In communi hereditate quin sumptus ab uno facti bona fide familiae erciscundae iudicio vel negotiorum gestorum actione servari possint, non est umbiguum. l. 18 § 3 D. h. t. (10. 2). l. 25 § 16 D. eod. . . . quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio

4) Der Anſpruch auf Erſatz des Schadens, den ein Miterbe durch dolus oder culpa levis in concreto der Erbſchaft zugefügt hat; iſt dies ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers geſchehen, ſo iſt die actio familiae erciscundae ausgeſchloſſen.[1]

---

non competit. l. 9 § 4 D. de reb. auct. iud. (42. 5) . . . nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia . . . commune, non alienum negotium gessisse videtur. l. 6 § 2 D. comm. div. (10. 3). . . non alias communi dividundo iudicio locus erit (ut et Papinianus scribit), nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit; alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. — l. 49 i. f. D. fam. erc. (10. 2) . . . nam ut familiae erciscundae iudicio agere quis possit, non tantum heredem esse oportet, verum ex ea causa agere vel conveniri, quam gessit quodque admisit, posteaquam heres effectus sit: ceterum cessat f. e. actio. Et ideo si antequam quis sciret se heredem esse, in hereditate aliquid gesserit, f. e. iudicio non erit locus, quia non animo heredis gessisse videtur. Quare qui ante aditam hereditatem q̄uid gessit, veluti si testatorem sepelivit, f. e. iudicium non habet; sed si post aditam hereditatem id fecit, consequenter dicemus f. e. iudicio consequi eum posse sumptum quem fecit in funus. l. 14 § 12, l. 45 D. de rel. et sumpt. (11. 7), l. 17 pr. D. de reb. auct. iud. (42. 5). Nach dieſen Grundſätzen beſtimmt ſich die Klage, welche auf entſprechenden Erſatz der Auslagen anzuſtellen iſt, wenn z. B. ein Miterbe eine untheilbare Erbſchaftsſchuld oder eine theilbare ganz bezahlt hat, l. 25 § 10—13, l. 44 § 7. 8, l. 49 D. h. t. (10. 2), c. 3 C. de neg. gest. (2. 19), l. 78 § 2 D. de contr. empt. (18. 1), l. 20 § 1. 7, l. 25 § 19 D. fam. erc. (10. 2), wenn er Zwecks Auslöſung eines Pfandes eine Erbſchaftsſchuld oder ein Vermächtniß bezahlt, l. 18 § 4—7, l. 25 § 14, l. 31 D. h. t. (10. 2), c. 3 C. de neg. gest. (2. 19), wenn er für Vermächtniſſe eine Bürgſchaft beſtellt hat, um die Einweiſung in den Beſitz der Erbſchaft zu verhüten, l. 25 § 15 D. h. t. (10. 2), wenn er durch einen Koſtenaufwand die ganze Erbſchaft für die Erben erhalten hat, l. 39 pr. D. eod. Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 134.

[1] l. 16 § 4 D. h. t. (10. 2) . . . Nam et omnia, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in iudicium familiae erciscundae veniunt, sic tamen, si quasi heres fecerit. Et ideo si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae erciscundae iudicium ea non venit, quia tunc nondum heres erat; ubi autem quasi heres fecit, etsi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae erciscundae iudicio Iulianus scribit. l. 16 § 6, l. 17 D. eod., c. 3 C. h. t. (3. 36). Ebenſo wenn ein Miterbe Erbſchaftsſachen zerſtört oder verdorben hat, l. 16 § 5 D. eod., c. 19 C. eod. § 4 I. de off. iud. (4. 17);

5) Der Anspruch auf Caution wegen solidarischer Erbschaftsschulden[1] und wegen der Verpflichtung hinsichtlich der Erbschaftsurkunden,[2] sowie der Anspruch auf gegenseitige Cession und Defension, wie er durch die Beschaffenheit der durch die Erbfolge ipso iure getheilten Forderungen und Schulden begründet werden kann.[3]

Neben diesen praestationes personales aus der communio hereditatis sind auch die als res hereditariae im Erbtheilungsproceß zu erledigen, die ihre Quelle nur in der communis successio oder in einem der Erbfolge analogen Verhältniß haben. Dies sind: 1) die s. g. Präceptionsrechte, aus welchen einem Erben gewisse Beträge oder Stücke der Erbschaft im Voraus zukommen, sei es nach Rechtsvorschrift[4] oder auf Grund eines Vermächtnisses des Erb-

---

wenn er die Erbschaft früher antrat als die übrigen und durch non usus Prädialservituten an Erbschaftsgrundstücken untergehen ließ, l. 25 § 18 D. eod.; wenn durch seine Schuld die vom Erblasser versprochene Conventionalstrafe verfallen und von einem andern Miterben eingezogen ist, l. 25 § 12. 13, l. 44 § 5 D. eod., l. 5 § 4, l. 85 § 3 D. de V. O. (45. 1), l. 8 D. de noxal. act. (9. 4); wenn er mit erbschaftlichen Geldern Sachen für sich gekauft hat, c. 4 C. commun. utr. iud. (3. 38); wenn er Erbschaftssachen verkauft hat, l. 44 § 2 D. fam. erc. (10. 2), vgl. aber c. 20 C. h. t. (3. 36).

[1] l. 25 § 10 D. fam. erc. (10. 2) . . . si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut, si quis ex his conventus libis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur. l. 25 § 12. 13 D. eod.

[2] l. 4 § 3 — l. 6 D. eod., c. 5 C. commun. utr. iud. (3. 38). Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 212. Vgl. § 40 S. 242 Note 5.

[3] l. 2 § 5, l. 3 D. eod. Plane ad officium iudicis nonnumquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim procuratorio nomine conveniatur: nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt.

[4] So den Kindern aus der zweiten Ehe des Erblassers die dos und donatio propter nuptias dieser Ehe, c. 4 C. de sec. nupt. (5. 9), Nov. 22 c. 29, Windscheid, Pand. § 511 Note 7; so ferner dem Sohn die dos,

laſſers,[1] 2) die geſetzlichen Vermächtnißrechte des arrogatus impubes auf die quarta divi Pii[2] und der armen Wittwe auf die quarta pars purae substantiae viri,[3] 3) die Anſprüche des Käufers einer Erbſchaftsquote,[4] 4) die Anſprüche aus der § 41 ff. zu erörternden ſ. g. Collationsverbindlichkeit, nach welcher Deſcendenten des Erblaſſers, die ihn zuſammen beerben, gewiſſe Stücke ihres eigenen Vermögens zur Erbſchaft zum Zweck der Mitvertheilung beizuſteuern haben.[5]

β. Klageveranlaſſung.

§ 38.

Die Klageveranlaſſung (actio nata) für die actio familiae erciscundae exiſtirt, ſobald und ſo lange durch die communio hereditatis oder durch ihre Rechtsfolgen der Klagegrund exiſtirt.[6] Sind die an ſich gemeinſchaftlichen res hereditariae bereits ſämmtlich durch Anordnung des Erblaſſers,[7] oder durch Vertrag der Miterben,[8] oder durch die actio communi dividundo[9] getheilt, oder

die für ihn dem Erblaſſer als ſeinem Paterfamilias beſtellt wurde, l. 20 § 2, l. 46, l. 51 pr. D. fam. erc. (10. 2), c. 2 C. h. t. (3. 36), Windſcheid a. a. O. § 493 Note 1.

[1] Gaius II 217—219. l. 25 § 22, l. 28, l. 42 D. fam. erc. (10. 2).

[2] l. 2 § 1 D. eod.

[3] Nov. 53 c. 6, Nov. 117 c. 5; vgl. c. 11 § 1, C. de rep. (5. 17), Nov. 22 c. 18. Das Vorbild für das Recht der armen Wittwen war das Recht des arrogatus impubes: beide ſuccediren in die erbſchaftlichen Activa zu der geſetzlichen Quote mit der Verpflichtung, ſich die darauf laſtende Schuldenquote von den Erben in Abzug bringen zu laſſen. Ihr Erwerb bringt ſie daher in ein einem Miterben analoges Verhältniß; vgl. Petri, das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe (1874) S. 27, 35, 59 und mein Syſtem S. 37 ff.

[4] c. 5 C. de H. v. A. V. (4. 39). S. unten § 45.

[5] l. 20 pr. D. fam. erc. (10. 2), l. 1 pr. D. de dot. collat. (37. 7).

[6] l. 25 § 4. 5 D. fam. erc. (10. 2). Si inter me et te Titiana hereditas communis sit . . . possumus . . familiae erciscundae iudicium experiri. c. 9 C. commun. utr. iud. (3. 38) Familiae erciscundae . . . iudicium ita demum, si corpora maneant communia, agi potest.

[7] c. 10 C. fam. erc. (3. 36), c. 10 C. commun. utr. iud. (3. 38).

[8] c. 12, 15, 17 C. fam. erc. (3. 36), l. 57 D. h. t. (10. 2), l. 35 D. de pact. (2. 14). Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 304.

[9] l. 44 pr. D. fam. erc. (10. 2). Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 39, Bd. 13 Nr. 222, Bd. 37 Nr. 208.

ſind ſie veräußert oder untergegangen,[1] ſo dauern der Klagegrund und die Klageveranlaſſung noch durch die praestationes personales fort;[2] und iſt in dieſer Weiſe nur die Gemeinſchaft einzelner res hereditariae aufgehoben, ſo beſteht für die übrigen die communio hereditatis fort, ſo daß auch hier die actio familiae erciscundae ex duobus constat: rebus atque praestationibus.[3] Hat aber der Erblaſſer nur theilbare Obligationen hinterlaſſen, ſo ceſſirt die Erbtheilungsklage,[4] ſofern ſich nicht mit der Zahlung und Einziehung der einzelnen partes Nachtheile verbinden, die ex aequo et bono den Anſpruch auf Zutheilung derſelben pro solido an einen der Miterben und die gegenſeitige Ceſſions- und Defenſionspflicht begründen.[5]

Eine Rechtsverletzung und Beſitz der Erbſchaft ſetzt die Natividät der Klage nicht voraus.[6] Nach römiſchem Recht ſoll mit der Erbtheilungsklage nur die Auseinanderſetzung der Erbgemeinſchaft und ihrer Rechtsfolgen, ſoweit beide unbeſtritten oder unbeſtreitbar ſind,[7] herbeigeführt, Nichts vindicirt werden:[8] ſie geht nur auf divisio, nicht auf petitio hereditatis.[9] Streitige res here-

---

[1] l. 8 § 1. 2, l. 54 D. eod., l. 6 § 1, l. 11, l. 14 pr. § 1 D. commun. div. (10. 3).

[2] l. 31 D. fam. erc. (10. 2) . . . sufficit enim communionis causa, quae praecessit. l. 44 pr. D. eod. de ceteris vero in integro sit familiae erciscundae iudicium. Brinz, Pand. § 166, Windſcheid, Pand. § 608 Note 18, Eck a. a. O. S. 99, Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 133, Bd. 31 Nr. 153 S. 198.

[3] c. 1 C. h. t. (3. 36), l. 32 D. h. t. (10. 2).

[4] l. 4 pr. D. eod., c. 6 C. eod. Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 134.

[5] l. 2 § 5, l. 3 D. h. t. (10. 2); vgl. Seite 231 Note 3.

[6] l. 1 § 2 D. si pars hered. (5. 4) . . . si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit. l. 25 § 2 D. fam. erc. (10. 2). Quantum vero ad accipiendum familiae erciscundae iudicium nihil interest, possideat quis hereditatem necne. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 190 sub 2.

[7] l. 25 § 8, l. 44 § 8 D. fam. erc. (10. 2), c. 3 C. h. t. (3. 36), l. 44 § 4 D. h. t. Qui familiae erciscundae . . . agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire.

[8] l. 7 D. si pars hered. pet. (5. 4).

[9] l. 51 § 1 D. fam. erc. (10. 2) . . . nam quaedam veniunt in

ditariae ſind erſt in einem präjudicellen Vorproceſſe ins Klare zu ſtellen.[1] Eine Ausnahme machen nur der Klagegrund für die actio familiae erciscundae, das Recht auf die divisio hereditatis, und unter Umſtänden das Miterbrecht des Klägers als die Vorausſetzung des Klagegrundes.[2]

Bei der geſetzlichen Verpflichtung jedes Miterben, ſich der richterlichen divisio hereditatis zu unterwerfen, kann das Recht auf dieſe nur in doppelter Weiſe durch exceptio beſtritten werden: durch die Behauptung, daß der durch den Erblaſſer oder durch Vertrag beſtimmte Termin für daſſelbe noch nicht eingetreten,[3] und durch die Behauptung, daß die Auseinanderſetzung bereits durch Vertrag oder durch Urtheil erfolgt ſei.[4] Da die actio familiae erciscundae als Univerſalklage dem Theilungsrichter die Pflicht auflegt, nichts von dem, was unbeſtritten res hereditaria und in communione hereditatis iſt, ungetheilt zu laſſen,[5] ſo kann ſie unter den Parteien nur einmal angeſtellt, und wegen der divisio der beſtrittenen res hereditariae, welche die Ausſchließung bei der Auflöſung der Erbgemeinſchaft zu res singulae macht, nur noch mit der actio communi dividundo geklagt werden.[6]

Leugnet der Beklagte das Miterbrecht des Klägers, ſo hat er die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat. Auf Grund

---

hereditatis petitionem, quae in familiae erciscundae iudicio non deducuntur: veluti si ego debitor hereditarius sim, iudicio familiae erciscundae non consequeris id quod defuncto debui, per hereditatis petitionem consequeris.

[1] l. 45 D. eod. Si quid contendis ex hereditate mihi tecum commune esse, quod ego ex alia causa meum proprium esse dico, id in familiae erciscundae iudicium non venit. l. 25 § 8 D. eod.

[2] l. 36 D. eod. ... quod non est iudicium familiae erciscundae nisi inter coheredes acceptum. l. 1 § 1 i. f. D. eod. ... nisi enim coheres sit, neque adiudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est. Vgl. Seite 225 Note 3 a. E.

[3] l. 14 § 3 D. comm. div. (10. 3), vgl. Seite 228 Note 2.

[4] c. 1 C. fam. erc. (3. 36).

[5] l. 25 § 20 D. h. t. (10. 2). Iudex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere. Seuffert, Arch. Bd. 21 Nr. 53 a. E.

[6] l. 20 § 4 D. eod. Familiae erciscundae iudicium amplius quam semel agi non potest nisi causa cognita; quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest. Vgl. l. 27 D. eod.

dieſer Einrede muß der Kläger vom Erbtheilungsproceß excludirt und auf die hereditatis petitio zur Verfolgung ſeines Erbrechts verwieſen werden. Sofern aber die Anſtellung dieſer Klage unmöglich iſt, weil ſich der Kläger im Beſitz der Erbſchaft befindet,[1] hat auch die Entſcheidung über das Erbrecht des Klägers im Theilungsproceß zu erfolgen.[2]

Abgeſehen von dieſen beiden Fällen gehört die Entſcheidung ſtreitiger Rechte nicht zum Officium des Theilungsrichters, ſondern nur die Auseinanderſetzung im gleichmäßigen Intereſſe aller Theilhaber[3] nach objectiver Billigkeit:[4] ungebunden durch die Einzelanträge der Parteien[5] und ohne Rückſicht darauf ob ſie miteinander ſtreiten, oder Widerſpruch gegen das Verlangen der Theilung erhoben wird.[6]

---

[1] l. 9 D. de H. P. (5. 3). Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.

[2] l. 1 § 1 D. fam. erc. (10. 2). Quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet; sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat. Quodsi possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit; nisi enim coheres sit, neque adiudicari quidquam ei oportet neque adversarius ei condemnandus est. l. 18 D. de except. (44. 1).

[3] Ueber die Auseinanderſetzung inter pauciores coheredes ſiehe unten S. 238 ff.

[4] l. 4 § 1 D. eod. . . . boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. l. 21 D. commun. div. (10. 3) . . . quod omnibus utilissimum est . . . sequi convenit.

[5] Er hat ſie nur zu berückſichtigen, wo es ihm ex aequo et bono angemeſſen erſcheint, l. 3 § 1, l. 21 D. commun. div. (10. 3).

[6] l. 43 D. fam. erc. (10. 2). Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest: nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse palam est: igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere. l. 14 D. de iudic. (5. 1) . . . ambo ad iudicium provocant. In der heutigen Praxis hat Zimmermann's Anſicht (S. 227 N. 1) Anwendung gefunden, daß die Erhebung der Erbtheilungsklage eine Rechtsverletzung vorausſetze: Beſtreitung der Theilungspflicht oder doch des Maßſtabes für die Theilung; wo kein Streit herrſche, ſei die richter-

Auch nach heutigem Recht iſt das Ziel der actio familiae erciscundae die divisio hereditatis. Von ihr kann keine Rede ſein, ſo lange das Miterbrecht des Klägers und die res hereditariae nicht feſtſtehen, welche den Gegenſtand der Auseinanderſetzung bilden ſollen. Es wird aber heute die Cumulation der hereditatis petitio mit der Erbtheilungsklage zugelaſſen[1] und uneingeſchränkt der Grundſatz anerkannt: dem Theilungsrichter ſteht auch für alle präjudiciellen Incidentpunkte die Cognitionsbefugniß zu, ſofern nicht die Separat-Verhandlung durch ein wirkliches Intereſſe gerechtfertigt erſcheint.[2]

γ. Kläger und Beklagte.

§ 39.

Die Parteien im Erbtheilungsproceß können nach dem Klagegrunde nur Perſonen ſein, die Theilhaber der Erbgemeinſchaft ſind, aber nicht blos die directen Miterben,[3] ſondern auch die indirecten,[4] und neben dieſen auch die Perſonen, bei welchen ſich die Gemeinſchaft auf die erbſchaftlichen Activa beſchränkt: der Käufer einer Erbſchaftsquote, auf den auch die hereditatis petitio ausgedehnt iſt,[5] der arrogatus impubes und die arme Wittwe, die wegen ihrer quarta pars purae substantiae nach ihrer Wahl mit einer actio in personam[6] oder mit der actio familiae erciscundae klagen, aber ſie nicht mit der hereditatis petitio vindiciren können.[7] Gehören den Parteien mehrere Erbſchaften gemeinſchaftlich, ſo können

---

liche Mitwirkung bei der Theilung als ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuſehen, Seuffert, Arch. Bd. 21 Nr. 53 und dagegen Bd. 38 Nr. 324.

[1] Sintenis a. a. O. § 188 Note 2. Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 141.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 152, wo dieſer Grundſatz bereits dem ſpäteren röm. Recht nach c. 1 C. de ord. iud. (3. 8) zugeſchrieben wird. Plank in der krit. VJS. Bd. 11 S. 190. R. C. P. O. § 253.

[3] l. 1 pr. D. fam. erc. (10. 2).

[4] l. 24 § 1, l. 40 D. eod.

[5] c. 5 C. de H. v. A. V. (4. 39), l. 54 D. de H. P. (5. 3), l. 2 § 18 D. de H. v. A. V. (18. 4). S. unten § 45.

[6] l. 1 § 21 D. de collat. (37. 6), l. 8 § 15 D. de inoff. testam. (5. 2).

[7] l. 2 § 1 D. fam. erc. (10. 2).

sie deren Auseinandersetzung in demselben Theilungsproceß verlangen, auch wenn bei einer derselben noch ein anderer Miterbe concurrirt.[1]

Die Parteien müssen dispositionsfähig sein, weil die Auseinandersetzung eine Veräußerung involvirt: da sie ihnen das Aequivalent für die ihnen gebührende Quote gewähren soll, hat sie die Natur eines Tausches oder Kaufes.[2] Die Erhebung der Klage durch einen bevormundeten Theilhaber setzt daher den Consens seines Vormunds und für diesen ein Alienationsdecret der Obervormundschaft voraus.[3] Dagegen bei dem verklagten Theilhaber, der unter Vormundschaft steht, bedarf es des Alienationsdecrets nicht: ihm gegenüber ist die Auseinandersetzung eine nothwendige Ver-

---

[1] l. 25 § 3 D. eod. De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis causis communes sunt, unum familiae erciscundae iudicium sumi potest. § 4. Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum iudicium accipi inter tres Pomponius scribit. Arndt's Pand. § 527 Anm. 2 will statt inter tres lesen: inter nos; vgl. die bei v. Vangerow, Pand. § 515 sub 5 citirte Literatur.

[2] Nicht blos die private Theilung, wie behauptet wird, sondern auch die richterliche Theilung: c. 1 C. commun. utr. iud. (3. 38) .. divisionem vicem emtionis obtinere, l. 20 § 3 D. fam. erc. (10. 2) .. quasi certa lege permutationem fecerint, l. 7 § 13 comm. div. (10. 3) ... per adiudicationem emere, c. 3 C. comm. div. (3. 37) .. unicuique adiudicantur compensatione invicem pretii facta. Deshalb muß der Theilungsrichter auch für die Cautionsleistung wegen Eviction Sorge tragen: l. 25 § 21 D. fam. erc. (10. 2) .. curare debet, ut de evictione caveatur his quibus adiudicat l. 10 § 2 D. comm. div. (10. 3), c. 7 C. commun. utr. iud. (3. 38). Ungeachtet dieser gemeinsamen Natur können aber die private und die richterliche Theilung nicht auf eine Linie gestellt werden; beim Theilungsvertrag (der auch vor eröffnetem Testament geschlossen werden kann, Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 304) setzt die Eigenthumsübertragung Besitzübertragung voraus, beim Theilungsurtheil nur Adjudication; jener ist anfechtbar nach den Grundsätzen über die Verträge, dieser kann nur aus denselben Gründen wie jedes richterliche Erkenntniß angefochten werden, l. 45 D. de pact. (2. 14), c. 15 C. fam. erc. (3. 36), § 7 I. de off. iud. (4. 17); c. 3 C. commun. utr. iud. (3. 38). l. 35 D. de pact. (2. 14), l. 36 D. fam. erc. (10. 2). Vgl. Glück a. a. O. S. 82 ff. Eck a. a. O. S. 95, 103 ff., 140, Geib a. a. O. S. 50 ff., Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 262, 263.

[3] c. 17 C. de praed. et al. reb. (5. 71), l. 38 D. fam. erc. (10. 2).

äußerung,[1] weil Niemand genöthigt werden kann in der Gemeinschaft zu bleiben.[2]

Soweit der Theilungsrichter über streitige Rechte zu erkennen hat, theilen sich die Parteien, wie gewöhnlich, in die Kläger- und in die Beklagtenrolle: der Provocant ist der Kläger, der Provocat der Beklagte, und bei gemeinschaftlicher Erhebung der Klage bestimmt die Rolle das Loos.[3] Dagegen hinsichtlich der Auseinandersetzung, die im gleichmäßigen Interesse aller Theilhaber erfolgen soll (par causa omnium videtur), ist auch die Stellung der Parteien gegenseitig und dem Richter gegenüber eine vollkommen gleiche: es besteht hier kein Unterschied zwischen einem angreifenden und sich vertheidigenden Theil. Deshalb hat der Theilungsrichter die Befugniß, auch den Provocanten zu condemniren und die Gegenansprüche des Provocaten zu berücksichtigen. Jede Partei ist zugleich Kläger und Beklagter.[4] Die actio familiae erciscundae zählt zu den iudicia duplicia[5] und hat die weitere Eigenthümlichkeit, daß wenn unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes iudicium scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine iudicium agatur.[6]

Haben nur einige Miterben die Erbschaft angetreten, weil die übrigen sub conditione instituirt sind,[7] so können sie pendente conditione als die gegenwärtig alleinigen Theilhaber auf die divisio

[1] l. 1 § 2, l. 7 pr. D. de reb. eor. (27. 9).

[2] c. 5 C. comm. div. (3. 37), l. 43 D. fam. erc. (10. 2).

[3] l. 13. 14 D. de iud. (5. 1).

[4] l. 2 § 3, l. 44 § 4 D. fam. erc. (10. 2). Dies gilt nicht blos für die res, wie nach Zimmermann a. a. O. S. 204 das Urtheil in Seuffert's Arch. Bd. 24 Nr. 133 u. Nr. 179 annimmt, sondern auch für die praestationes personales, weil die Klage auch hinsichtlich dieser nicht auf petitio, sondern nur auf divisio hereditatis geht, l. 51 § 1 D. fam. erc. (10. 2).

[5] Eck a. a. O. S. 140 ff. bestreitet die Duplicität; es liegt nach seiner Ansicht, wie bei allen zweiseitigen Rechtsverhältnissen, nur die Möglichkeit von Klage und Widerklage vor; vgl. dagegen Göppert a. a. O. S. 552 ff. Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 324.

[6] l. 48 D. fam. erc. (10. 2).

[7] l. 13 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2).

hereditatis klagen,[1] ſelbſtverſtändlich unbeſchadet der Rechte der bedingt berufenen, die nach erfüllter Bedingung gegen ſie die actio familiae erciscundae haben.[2] Sind die Erben ſämmtlich pure berufen, ſo haben die, welche antreten, das Recht von denen, die noch deliberiren, innerhalb einer vom Richter unter dem Präjudiz des Antritts geſetzten Friſt eine Erklärung zu verlangen, ob ſie ihre Erbſchaftsquote erwerben oder ausſchlagen wollen.[3] Sie können jedoch auch davon Abſtand nehmen und die Auseinanderſetzung auf ſich beſchränken, hier aber nur nach den Quoten, die ſie haben würden, wenn die übrigen antreten. Dieſen bleiben ihre Antheile vorbehalten:[4] es hat deshalb auch in dieſem Fall, ſie mögen antreten oder nicht, auf Verlangen eine nochmalige Auseinanderſetzung Statt zu finden, ſei es zwiſchen ihnen und den Parteien des erſten Theilungsproceſſes, oder unter dieſen. In gleicher Weiſe kann auch, obwohl alle Miterben bereits die Erbſchaft erworben haben, doch blos von einigen unter ihnen auf divisio geklagt werden,[5] z. B. weil die andern abweſend ſind.[6] Bei dieſer Erbtheilung inter pauciores

[1] l. 12 § 1 D. fam. erc. (10. 2). Zimmermann a. a. O. S. 333.

[2] l. 7 D. fam. erc. (10. 2).

[3] Vgl. § 16 S. 138 Note 2 a. E. Zu den deliberirenden Erben zählen auch die unter einer Poteſtativbedingung inſtituirten, § 16 S. 137.

[4] arg. l. 2 D. si pars hered. pet. (5. 4). Si ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent: eos qui adierint, si petant hereditatem, non maiorem partem petere debere, quam habituri essent ceteris adeuntibus: nec iis proderit, si ceteri non adierint; non adeuntibus autem ceteris poterunt tunc partes eorum petere, si modo ad eos pertinerent.

[5] l. 2 § 4 D. fam. erc. (10. 2). Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae iudicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit. Mit dieſer Stelle von Ulpian ſtimmt überein Paulus in l. 8 pr. D. comm. div. (10. 3); über die, wie es ſcheint, widerſprechende, in das Corpus iuris nicht aufgenommene Stelle von Paulus in ſeinen Rec. Sent. I. 18. 4, vgl. Zimmermann a. a. O. S. 329 ff., v. Vangerow, Pand. § 514 sub 2, Brinz, Pand. § 166 S. 712 a. E.

[6] c. 17 C. fam. erc. (3. 36). Coheredibus divisionem inter se facientibus iuri absentis et ignorantis minime derogari ac pro indiviso portionem eum, quae initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus retinere certissimum est. Unde portionem tuam cum reditibus arbitrio familiae erciscundae percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum praeiudicium timens.

coheredes besteht die Gefahr, daß sie den Parteien zum Nachtheil gereicht, weil ihre Wirkungen durch die nachfolgende neue Theilung mit den ausgeschlossenen Miterben wieder in Frage gestellt werden.[1] Deshalb kann sie von den Provocanten gegen die Provocaten nur erzwungen werden, wenn es keinen andern Weg der Auseinandersetzung giebt, sei es daß die divisio inter omnes unmöglich ist, oder nach den Umständen besondere Schwierigkeiten hat.[2] Wo sie möglich ist, also wenn Miterben ausgeschlossen werden sollen, die schon angetreten haben oder blos noch deliberiren, setzt die divisio inter pauciores coheredes den übereinstimmenden Willen der Parteien voraus.[3] Erhebt einer der Provocaten Widerspruch, so darf sie nicht Statt finden. Aber er kann diesen Widerspruch nicht durch die Einrede geltend machen, daß noch andere zur Theilung berechtigte und verpflichtete Miterben vorhanden seien (s. g. exceptio plurium litis consortium), weil deren Rechte und Pflichten durch die divisio inter pauciores nicht berührt werden.[4] Ebensowenig steht ihm eine exceptio doli zu: wegen der Duplicität der Erbtheilungsklage hat er es selbst in der Hand, daß der Provocant ihn nicht in Nachtheil bringt. Er muß deshalb von dieser Duplicität Gebrauch machen und seinerseits auf divisio inter omnes provociren.[5]

Ein Erbtheilungsproceß unter Personen, die sämmtlich oder zum Theil nicht Miterben oder heredis loco sind, ist nichtig.[6] Der

---

[1] Zimmermann a. a. O. S. 329 ff.

[2] Durch die Abwesenheit eines oder mehreren Miterben entsteht heute eine solche Schwierigkeit nicht, weil sie, wenn ihr Aufenthalt bekannt ist, geladen werden können, eventuell wird für sie ein Curator bestellt und gegen diesen die Theilungsklage verhandelt, Glück a. a. O. S. 28, Zimmermann a. a. O. S. 347 Note 62, Sintenis a. a. O. § 122 Note 41, aber auch § 188 Note 4 a. E.

[3] Die l. 8 D. commun. div. (10. 3) setzt diesen übereinstimmenden Willen voraus, und l. 2 § 4 D. fam. erc. (10. 2) spricht auch nur von der rechtlichen Möglichkeit der divisio inter pauciores, aber nicht von einem Zwange.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 190 sub 1. Zimmermann a. a. O. S. 344.

[5] Zimmermann a. a. O. S. 345 ff.

[6] l. 36 D. fam. erc. (10. 2). Cum putarem te coheredem meum esse idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt: quaero

Umstand, daß sie sich für Miterben gehalten haben, bleibt, wenn der Irrthum während des Processes erkannt wird, ohne rechtliche Folgen. Es liegt in der Anstellung der Klage wie in der Einlassung auf die Klage kein Zugeständniß, daß der Gegner Miterbe sei.[1] Deshalb kann der nachfolgenden hereditatis petitio, mit welcher eine Partei von der andern die ganze Erbschaft vindicirt, nicht die Einrede des zugestandenen Miterbrechts entgegengesetzt werden.[2]

d) Gegenstand.

§ 40.

Den Gegenstand der Erbtheilungsklage bildet die vollständige Erledigung der Auseinandersetzung hinsichtlich der res wie hinsichtlich der praestationes personales für Alle, die an dem Verfahren Theil nehmen.[3] Die Klage enthält demgemäß den Antrag, die Erbschafts-

rei veritate cognita utrum condictio invicem competat an vindicatio, et an aliud in eo qui heres est, aliud in eo qui heres non sit dicendum est? Respondi: qui ex asse heres erat, si, cum putaret, se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae iudicium et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae nisi inter coheredes acceptum; sed quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quodsi neuter eorum heres fuit, sed quasi heredes essent acceperint familiae erciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserint res, etiam condictionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit. Glück a. a. O. S. 83 ff.

[1] l. 37 D. eod. Qui familiae erciscundae iudicio agit, non confitetur, adversarium sibi esse coheredem. In den Basiliken XLII. 3. 37 fehlt das non, weshalb es manche Juristen streichen, andere mit nonne erklären und an das Ende des Satzes ein Fragezeichen setzen wollen, vgl. Glück a. a. O. S. 12 ff., Vangerow, Pand. § 514 sub 4.

[2] Diesen Sinn und Zusammenhang haben die l. 36 und l. 37 cit., v. Vangerow a. a. O., Brinz, Pand. § 167 S. 713 a. E. Puchta, Pand. § 511 Note d a. E. bezieht die l. 37 cit. auf den Fall der Abweisung durch die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat; vgl. l. 9 D. de except. (44. 1).

[3] Vgl. § 37, § 39 S. 238 ff.

gegenstände unter den Parteien zu theilen, hinsichtlich der Erbschaftsverpflichtungen je nach Befund die Parteien zu condemniren oder zu absolviren, sowie außerdem zu erkennen, was noch zur Auseinandersetzung nothwendig ist.[1] Um diesem Antrage zu entsprechen, hat der Richter die Aufgabe: die Theilungsmasse und das Theilungsverhältniß festzustellen, die Theilungsformen zu bestimmen und das Theilungsurtheil nicht blos zu sprechen, sondern auch die Entscheidungen desselben auszuführen, soweit dies zur vollständigen Erledigung der Auseinandersetzung erforderlich ist.

1) Die Theilungsmasse begreift Alles, was zur Zeit der Klageerhebung noch nicht durch Verlust, Veräußerung oder bereits erfolgte Theilung aufgehört hat, in communione hereditatis oder res hereditaria zu sein:[2] die res communes nach Theilen und ohne Theile, die praestationes personales aus der communis hereditas wie aus der communis successio, und eventuell auch die ipso iure getheilten Obligationen. Ausgeschlossen sind von der Theilung nur: a) die verbotenen Sachen, wie Gifte und verbotene Bücher, obwohl sie res hereditariae sind;[3] b) was der Erblasser notorisch durch ein Verbrechen erworben hat;[4] c) das Original des Testaments und sonstiger Urkunden, welche die ganze Erbschaft betreffen;[5] d) die iura sepulcrorum,[6] die die Erben iure proprio

---

[1] Brinz, Pand. § 168.

[2] Vgl. § 38 z. A.

[3] l. 4 § 1 D. fam. erc. (10. 2) . . . haec enim omnia protinus corrumpenda sunt.

[4] l. 4 § 2 D. eod.

[5] Das Original erhält zur Aufbewahrung der Miterbe, dem der größte Theil der Erbschaft zugefallen ist, die übrigen sind aber befugt eine Abschrift zu nehmen. Bei gleichen Erbtheilen wird das Testament dem ältesten der Miterben anvertraut oder dem, der aus anderen persönlichen Rücksichten den Vorzug verdient, und über den Verbleib der sonstigen Urkunden durch Uebereinkunft, Loos oder Depositon verfügt. Wer den Besitz erhält, muß Caution bestellen, den Miterben auf Verlangen die Einsicht des Originals gestatten zu wollen, l. 4 § 3 — l. 6, l. 8 pr. D. fam erc. (10. 2), l. 6 D. de fide instrum. (22. 4), c. 5 C. commun. utr. iud. (3. 38). Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 212.

[6] l. 30 i. f. D. fam. erc. (10. 2) . . . sed religiosa loca in iudicium non deduci eorumque ius singulis heredibus in solidum competere.

erwerben.[1] Dagegen die ipso iure getheilten Obligationen, auch die zwischen den Erben und dem Erblasser, kommen zur Vertheilung, wo das Interesse der Miterben die adtributio pro solido fordert.[2] Zur Ermittelung der Theilungsmasse kann nach der heutigen Praxis von Miterben, die in der Lage waren, etwas von dem Nachlaß an sich zu nehmen, die Ableistung des Manifestationseides gefordert werden.[3]

2) Für das Theilungsverhältniß sind maßgebend die Erbportionen der Parteien und die Präceptionsrechte.[4]

3) Die Theilungsformen bestimmt der Richter ex aequo et bono,[5] soweit er nicht gebunden ist durch Anordnungen des Erblassers[6]

---

[1] § 1 S. 34.

[2] l. 2 § 5, l. 3, l. 25 § 1 D. fam. erc. (10. 2). Vgl. oben S. 231.

[3] Ohne daß eine Darlegung oder Bescheinigung von Verdachtsgründen erforderlich ist nach Analogie der c. 22 § 10 C. de iure delib. (6. 30), Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 212, Bd. 16 Nr. 264, 265, Bd. 24 Nr. 290, Bd. 29 Nr. 185; aber eine unbedingte Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides besteht nach der gemeinrechtlichen Praxis nicht, sie setzt Miterben voraus, für die überhaupt die Möglichkeit gegeben war, etwas von dem Nachlaß zu entfernen, Seuffert, Bd. 15 Nr. 261, Bd. 27 Nr. 72. Nach bereits erfolgter Theilung der Erbschaft und von dem Erbeserben kann der Manifestationseid überhaupt nicht gefordert werden, Seuffert, Arch. Bd. 20 Nr. 148, Bd. 28 Nr. 83, Bd. 33 Nr. 143, Bd. 34 Nr. 248, Bd. 37 Nr. 46.

[4] l. 32 D. fam. erc. (10. 2). c. 9, 11, 21 C. h. t. (3. 36), l. 35 § 1 D. de H. I. (28. 5); vgl. Seite 231 Note 4.

[5] § 20 I. de act. (4. 6), l. 4 § 1 D. fam. erc. (10. 2). Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 60, Bd. 15 Nr. 125. Das röm. Recht stellt deshalb auch über den Vorzug einer Theilungsform vor der andern und über die Voraussetzungen, unter welche diese oder jene anzuwenden sei, keine Vorschriften auf, es kann darüber nur die Beschaffenheit des einzelnen Falls entscheiden. In der Praxis finden sich in dieser Beziehung verschiedene Ansichten, Seuffert Arch. Bd. 1 Nr. 98, Bd. 15 Nr. 125, Bd. 18 Nr. 35, Bd. 20 Nr. 32, Bd. 25 Nr. 125, Bd. 38 Nr. 324; vgl. Eck a. a. O. S. 102 ff.

[6] Anordnungen des Erblassers binden ihn nur, wenn durch sie bestimmte Erbschaftsstücke bestimmten Erben zugewiesen und deshalb vermacht sind; sie stehen daher unter den Vorschriften der lex Falcidia und des Pflichttheilsrechts, l. 20 § 3, 5, 8, l. 33 D. fam. erc. (10. 2), c. 7, 10, 16, 21 C. h. t. (3. 36), c. 10 C. commun. utr. iud. (3. 38), c. 8 C. de inoff. test. (3. 28), Nov. 18 c. 7, Nov. 107 c. 3. Glück a. a. O. Bd. 42 S. 152, 231, Bd. 45 S. 91, 227, Sintenis a. a. O. § 170 a. E., Brinz, Pand. § 168 a. E.

oder durch Vereinbarungen der Parteien.[1] Er kann zum Zweck der Auseinandersetzung theilen[2] oder vertheilen,[3] Cessionen, Defensionen,[4] Compensationen,[5] Cautionen,[6] Sequestrationen,[7] Veräußerungen,[8] Einlösungen[9] und Uebertragungen von Erbschaftsgegenständen[10] anordnen und Abfindungen zur Ausgleichung gewähren.[11] Diese

[1] l. 3 § 1 D. commun. div. (10. 3), l. 2 § 5 D. fam. erc. (10. 2), c. 12, 23 C. h. t. (3. 36), c. 4 C. commun. div. (3. 37), l. 40 § 2 D. de pact. (2. 14).

[2] Er kann die Sachen körperlich theilen und dabei auch Servituten auflegen, l. 22 § 2, 3 D. fam. erc. (10. 2), l. 7 § 1 D. commun. div. (10. 3), § 5 I. de off. iud. (4. 17); er kann die Sachen veräußern und den Erlös theilen, c. 3 i. f. C. commun. div. (3. 37), Seuffert, Arch. Bd 1 Nr. 98, Bd. 15 Nr. 125, Bd. 18 Nr. 35; oder er kann die Ausübung der gemeinschaftlichen Rechte nach Maß, Zeit oder Raum theilen, oder die Ausübung auf Rechnung der Miterben an einen Dritten gegen Entgelt abtreten, l. 7 § 10 D. commun. div. (10. 3), l. 19 § 1 D. eod. (vestibulum commune binarum aedium), l. 4 § 1 D. eod. (puteus communis), Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 176, Bd. 15 Nr. 126, Bd. 20 Nr. 32 (gemeinschaftliche Hofräume, Brunnen, Waschküche, Remise); bei einem Wohnhause kann die Theilung auch bewirkt werden durch Bestellung superficiarischer Rechte an den einzelnen Stockwerken und Gelassen, Seuffert, Arch. Bd. 20 Nr. 32. Vgl. Eck a. a. O. S. 101 ff.

[3] Er kann die ganze Erbschaft, oder einzelne Erbschaftsgegenstände mit den untheilbaren Lasten und Rechten, die ihnen inhäriren (Pfandhaftungen, Prädialservituten), und Forderungen mit den für sie bestellten Pfandrechten einem Miterben ausschließlich übertragen, l. 55 D. fam. erc. (10. 2), l. 22 § 1, l. 47 pr. D. eod., § 5 I. de off. iud. (4. 17), l. 11 D. de distr. pign. (20. 5), l. 29 D. fam. erc. (10. 2); zu den beiden letzten Stellen vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 40 ff. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 261, Bd. 15 Nr. 125.

[4] l. 3, l. 42 D. fam. erc. (10. 2).

[5] l. 52 § 2 D. eod.

[6] l. 5, l. 20 § 5, l. 25 § 9—13 § 21, l. 47 pr. D. fam. erc. (10. 2).

[7] l. 4 § 3 — l. 6 D. eod.

[8] l. 26 D. eod.

[9] l. 28 D. eod.

[10] l. 25 § 6 D. eod.

[11] Die Abfindung kann in einer Geldleistung bestehen, oder in dinglichen Rechten an den adjudicirten Sachen z. B. in einem Ususfructus, oder in der Ueberlassung anderer Sachen oder in sonstigen Vortheilen, § 4, 5 I. de off. iud. (4. 17), l. 16 § 1, 2 fam. erc. (10. 2), l. 6 § 10, l. 7 § 1,

Formen kann er in der mannigfachſten Weiſe combiniren. Es dürfen aber andere Rechtsbeziehungen als die der Parteien durch die Auseinanderſetzung nicht berührt werden;[1] daher ſind auch die Rechte und Intereſſen dritter Perſonen zu berückſichtigen.[2]

4) Das Theilungsurtheil hat zu erkennen: die zur Theilung oder Vertheilung erforderlichen Adjudicationen,[3] den Cautionsbefehl an die Miterben wegen Eviction der adjudicirten Sachen,[4] und eventuell die Condemnation des Adjudicatars zur Abfindung der Miterben;[5] es muß über jeden unter den Parteien erhobenen obligatoriſchen Anſpruch aus der communis hereditas oder aus der communis successio die Condemnation oder Abſolution ausſprechen,[6] im Fall der Compenſation die Condemnation auf den

---

l. 18 D. commun. div. (10. 3), c. 3 C. commun. divid. (3. 37), l. 77 § 18 D. de leg. (31), Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 98, 261, Bd. 15 Nr. 125.

[1] l. 18 D. commun. div. (10. 3). Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestus iudicis non potest.

[2] Deshalb können die adjudicirten Sachen nur mit den auf ihnen ruhenden Laſten auf den Adjudicatar übergehen, l. 7 § 4 D. quib. mod. pign. solv. (20. 6), l. 31 D. de usu et usufr. leg. (33. 2); deshalb darf z. B. die reelle Theilung emphyteutiſcher und ſuperficiariſcher Grundſtücke nicht ohne Zuſtimmung des Eigenthümers geſchehen, weil ſie deſſen Anſpruch auf den canon bez. das solarium gefährdet, l. 7 pr. D. commun. div. (10. 3), und bei einer Sache, die dem Erblaſſer mit einem Dritten gemeinſchaftlich gehörte, müſſen die Antheile an der hinterlaſſenen Eigenthumsquote auf Einen der Miterben übertragen werden, damit der Dritte nicht zuviel Theilhaber erhält; ebenſo wenn der Erblaſſer eine ihm allein gehörige Sache zu einem ideellen Theil vermacht hat, l. 25 § 6 D. fam. erc. (10. 2). Glück a. a. O. S. 53 ff. Brinz, Pand. § 168 S. 715.

[3] § 20 I. de act. (4. 6), § 4, 5, 7 I. de off. iud. (4. 17); auf irrthümlich zur Erbſchaft gezogene Sachen bleibt das Theilungsurtheil ohne Einfluß, l. 41 D. fam. erc. (10. 2).

[4] l. 25 § 21 D. fam. erc. (10. 2), c. 14 C. h. t. (3. 36), c. 7 C. commun. utr. (3. 38), Windſcheid, Pand. § 392 Note 3.

[5] l. 55 D. fam. erc. (10. 2). Bei der Abfindung durch eine Geldleiſtung wird deren Betrag durch vorgängige Licitation der adjudicirten Sachen unter den Parteien ermittelt, oder durch Schätzung, für die nicht der Werth der Antheile, ſondern der ganzen Sache maßgebend iſt, l. 52 § 3 D. fam. erc. (10. 2), Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 261, Bd. 15 Nr. 125.

[6] l. 27 D. fam. erc. (10. 2). In hoc iudicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt: et ideo si in alicuius

schuldigen Rest;[1] und es muß alle zur Auseinandersetzung nöthigen Befehle enthalten: die Cessions- und Defensionsbefehle Zwecks Attribution von erbschaftlichen Forderungen und Schulden pro solido, die Befehle zu den Cautionen, welche durch Collationsansprüche, oder wegen der solidarischen Erbschaftsschulden zum Schutz der Parteien nothwendig werden, die Sequestrationsbefehle hinsichtlich der erbschaftlichen Urkunden, und die Befehle der Compensationen, Veräußerungen, Einlösungen und Uebertragungen, die behufs der divisio hereditatis Statt finden sollen.[2]

Mit dem Theilungsurtheil sind die Functionen des Theilungsrichters nicht immer beendigt. Seine Zuständigkeit beschränkt sich nicht auf die Bestimmung der Art und Weise, wie die Theilung vorzunehmen ist, sondern er hat durch seinen Spruch die vollständige Erledigung der Auseinandersetzung herbeizuführen. Deshalb gehört es auch zu seinen Obliegenheiten zum Zweck der Ausführung seiner Entscheidungen thätig zu werden, soweit es die Vorschriften des Proceßrechts gestatten.[3]

B. Aus der Collationsverbindlichkeit.*

a) Zweck und juristische Natur.[1]

§ 41.

Wenn Ascendenten bei Lebzeiten einem Descendenten Vermögensstücke zum Zweck der Versorgung zuwenden, z. B. durch die Be-

---

persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit iudex non valebit, quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere. Glück a. a. O. S. 70 ff., Sintenis a. a. O. § 188 Note 19, 20.

[1] l. 52 § 2 D. eod.

[2] Vgl. Seite 244 Note 4 ff.

[3] Z. B. um den öffentlichen Verkauf, auf den zum Zweck der Auseinandersetzung erkannt ist, zu veranlassen und die dabei entstehenden Differenzen hinsichtlich der Bedingungen, der Festsetzung des Verkaufstermins, hinsichtlich der Zuschlagsertheilung u. s. w. durch seine Entscheidung zu schlichten, Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 324.

* D. 37. 6 de collatione, 37. 7 de dotis collatione; C. 6. 20 de collationibus. Nov. 18 c. 6. — Francke, Grundzüge der Lehre des röm. Rechts von der Collation in dessen civil. Abh. Nr. 4 (1826), Arndts,

[1] S. folg. Seite.

ſtellung einer dos oder einer donatio propter nuptias, ſo iſt im Zweifel nicht anzunehmen, daß dies mit der Abſicht geſchieht, ihm

---

Rechtsl. III. S. 809 ff. (1841), Fein, das Recht der Collation (1842), bei dem die ältere Literatur angeführt und beurtheilt iſt; Schmidt (von Ilmenau), das Princip der prätor. Collation in den Jahrb. f. gem. Recht Bd. 4 S. 110 ff. (1860), derſelbe, das formelle Notherbenrecht S. 107 ff. (1862), Zimmermann, zur Reviſion der Lehre von der Collation im Arch. f. civ. Pr. Bd. 51 S. 389 ff. (1868), Leiſt in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u 38 III S. 201 ff. (1875), der auch das deutſche Collationsrecht behandelt; Sintenis, gem. Civilr. Bd. 3 § 189, v. Vangerow, Pand. § 515. 516, Brinz, Pand. § 169 ff., Windſcheid, Pand. § 609. 610.

[1] Das Inſtitut der Collation iſt prätoriſchen Urſprungs. Es hat drei Entwicklungsſtadien durchlaufen im Anſchluß an die Entwicklung des Erbrechts der sui zu einem Erbrecht der Deſcendenten, und an die Entwicklung der Rechts- und Erwerbsfähigkeit der Hauskinder. Das älteſte Collationsinſtitut iſt die collatio bonorum der emancipati, ihr folgte die collatio dotis von Seiten einer sua, und den Abſchluß der Entwicklung bildet die Collation der Deſcendenten, welche die beiden anderen Inſtitute abſorbirte.

a) Die collatio emancipati entſtand als der Prätor den emancipirten Kindern ein gleiches Inteſtat- und Notherbenrecht gab wie den Hauskindern. Dies führte zu einer unbilligen Ungleichheit. Die Emancipirten machten nach der Emancipation jeden Vermögenserwerb für ſich, die Hauskinder dagegen für den Vater und damit für die väterliche Erbſchaft. Bei der Erbtheilung mußten alſo die Hauskinder das, was ſie für den Vater erworben hatten, mit den Emancipirten theilen, während dieſe das für ſich Erworbene mit jenen nicht theilten. Sollten ſie bei der Beerbung ihres Parens wie es das Kindesverhältniß forderte, im Erbtheil einander gleichſtehen, ſo mußten die Emancipirten angehalten werden, ihren Vermögenserwerb auch zu einem gemeinſchaftlichen zu machen und ihn für die Hauskinder und für ſich zu der väterlichen Erbſchaft beizuſteuern. Soweit ging aber der Prätor nicht. Er ordnete dieſe Beiſteuer, die in den Quellen durch fratri etc. conferre, sibi conferre, in medium oder in commune conferre und durch collatio bonorum bezeichnet wird, nicht zum Zweck der Gleichſtellung im Erbtheil an, ſondern nur zum Zweck der Schadloshaltung. Er ſtellte in ſeinem Edict folgende Vorſchrift auf: der neben einem suus zur bonorum possessio contra tabulas oder unde liberi berufene emancipatus ſoll, wenn er durch ſeine Concurrenz dem suus, weil er deſſen Erbquote ſchmälert, einen Nachtheil („iniuria", „incommodum"), zufügt, ſeinen Erbtheil nur unter der Vorausſetzung erwerben, daß er ſein ganzes Vermögen dem benachtheiligten suus zum Zweck der Theilung conferirt, und ihn daher an dieſen suus verlieren, falls er die collatio bonorum verweigert. So hat z. B. eine emancipirte Enkelin, die mit ihrem nicht emancipirten

vor ihren andern Descendenten bei ihrer künftigen Beerbung ein Präcipuum zu gewähren. Nach dem Gesetz der Familienliebe

---

Bruder und ihrem Oheim zusammenberufen ist, nur ihrem Bruder zu conferiren und mit ihm ihr Vermögen zu theilen, nicht auch mit dem nicht emancipirten Oheim, l. 1 § 3 i. f., l. 3 § 6 i. f., l. 9 D. de collat. (37. 6). Ueberall wo den sui durch die Erbfolge des emancipatus kein incommodum zugefügt wird, cessirt die Collationspflicht; ebenso wenn der emancipatus die bonorum possessio secundum tabulas hat, weil der Erblasser, der ein Testament errichtet, die Ungleichheit zwischen den instituirten sui und emancipati durch eine entsprechende Vertheilung der Erbschaft beseitigen kann, wenn er dies will. Vgl. l. 1 pr. D. de collat. (37. 6), Collat. XVI. 7 § 2, l. 20 § 1 D. de B. P. c. t. (37. 4), c. 1, 9 C. de collat. (6. 20), l. 1 § 4 D. h. t. (37. 6), l. 1 § 3 D. eod., l. 1 § 13. 18 D. de coniung. c. emanc. lib. eius (37. 8), l. 3 § 3, l. 1 § 23. 24, l. 2 § 2 D. de collat. (37. 6), c. 6. 15 C. h. t. (6. 20), l. 7 D. de collat. (37. 6), l. 1 § 10—13, l. 2 § 8. 9, l. 3 pr., l. 5 § 1, l. 8 D. eod. Ulp. XXVIII 4, Paul. R. S. V. 9. 4. Vgl. v. Vangerow a. a. O. § 515, Leist a. a. O. S. 206 ff.

b) Durch die collatio dotis wurde die Collationspflicht des emancipatus ausgedehnt auf die dotirte filiafamilias, der die dos als praecipuum vor andern Kindern ihres Paterfamilias zufiel. Der Prätor bestimmte: die ab intestato oder contra tabulas zur Erbschaft berufene dotirte sua soll, wie die emancipirte Tochter, soweit sie durch ihre Concurrenz den miterbenden sui einen Nachtheil zufügt, ihren Erbtheil nur unter der Voraussetzung erwerben, daß sie die dos den benachtheiligten sui zum Zweck der Theilung conferirt, und ihn daher an diese sui verlieren, falls sie die Collation verweigert. Auf Grund dieser Bestimmung gelten für die collatio dotis dieselben Principien wie für die collatio bonorum, l. 1 — l. 9 D. de coll. dot. (37. 7), c. 4. 5. 7. 8. 14. 16 C. de coll. (6. 20). Vgl. v. Vangerow a. a. O. § 516 Anm. 1 z. A., Leist a. a. O. S. 228 ff.

c) Die Collation der Descendenten ist das Ergebniß der successiven Reformen, welche das alte röm. Recht erfuhr. Diese Reformen sind darauf gerichtet, zunächst die sui und die emancipati, und schließlich alle Descendenten in der Erwerbsfähigkeit und bei der Erbfolge einander gleich zu stellen. Damit tritt auch in der Entwicklung des Collationsrechts das Princip der Schadloshaltung zurück und an dessen Stelle das Princip der Gleichstellung im Erbtheil. Die Gesetze, durch welche dieses Princip zur Geltung gelangte, waren folgende:

α) Eine Constitution von Gordian entschied die unter den Juristen bestrittene Frage, ob auch emancipati auf die Collation der dotirten sua Anspruch hätten, dahin, daß die dos profectitia auch ihnen conferirt werden müsse, c. 4 C. de collat. (6. 20).

β) Eine Verordnung von Leo enthält folgende beiden Vorschriften:

ſtehen den Eltern alle Kinder und die Enkel, die an deren Stelle getreten ſind, gleich nahe; nach ihm läßt ſich daher

---

αα) Wie bisher von weiblichen Deſcendenten die dos, ſo ſoll künftig auch von männlichen Deſcendenten die donatio propter nuptias conferirt werden müſſen, wenn ſie den Aſcendenten, von dem ſie dieſelbe empfangen haben als Inteſtat- oder Notherben beerben, und zwar gleichviel ob ſie ſeine Hauskinder ſind oder nicht, ut liberis tam masculini quam feminini sexus, iuris sui vel in potestate constitutis ... aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentium tam dos quam ante nuptias donatio conferatur ..., c. 17 C. de collat. (6. 20).

ββ) Emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum, quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur, vel post emancipationem ab iisdem acquisierint, collaturis, c. 17 cit. i. f. Dieſe Vorſchriften zeigen, daß ſchon zu Leos Zeit mit Rückſicht auf die Ausbildung des Peculienrechts die collatio bonorum der emancipati in eine collatio donationum bei oder nach der Emancipation umgewandelt, und das Princip der Schadloshaltung dem der Gleichſtellung im Erbtheil gewichen war. Collationsobjecte waren nur noch: die dos und die donatio propter nuptias ohne Rückſicht auf väterliche Gewalt, und ebenſo ſchon nach dem bisherigen Recht Schenkungen inter vivos, aber nicht auch mortis causa, c. 13 C. de collat. (6. 20). In dem Umſtand, daß der Nießbrauch der Adventitien der Hauskinder in das Vermögen des Vaters fließt, während der emancipatus die Früchte ſeiner Adventitien für ſich zieht, ſah Leo keine Ungleichheit, die den emancipatus zur Collation des ususfructus verpflichten müſſe, da der Vater das Hauskind zu erhalten hat und demſelben wohl häufig die Früchte der Adventitien zu ſeinem Unterhalt überließ, l. 6 § 2 C. de bon. quae lib. (6. 61). Später entſtanden darüber aber Zweifel, die Juſtinian durch ausdrückliche Ausſchließung der Adventitien von der Collation beſeitigte in c. 21 C. de collat. (6. 20). Die Paraphraſe dieſer Verordnung in den Basil. XLI. 7. 36 zeigt, daß man ſie irrthümlich auf die Adventitien ſelbſt bezog, nicht auf Nießbrauch der Adventitien, von dem ſie allein ſprechen konnte. Deshalb waren die Griechen der Anſicht, der emancipatus müſſe die Früchte der Adventitien conferiren.

γ) Eine Verordnung von Juſtinian in c. 20 C. de collat. (6. 20) zählt, um die ſtreitig gewordene Frage zu entſcheiden, ob Alles, was auf den Pflichttheil anzurechnen ſei, auch bei der Inteſtat- u. Notherbfolge conferirt werden müſſe, die Collationsobjecte ſpeziell auf. Hinzugefügt wird den Conferenden die dem Deſcendenten verſchaffte militia. Und für gewöhnliche Schenkungen (donationes simplices, das ſind alle Schenkungen inter vivos außer der donatio propter nuptias) wird, ohne zwiſchen Schenkungen an Emancipirte und an Hauskinder zu unterſcheiden, obwohl letztere erſt mit dem

nur der Wille präsumiren, daß alle zur Erbfolge berufenen Descendenten in ihren Erbtheilen einander gleichgestellt sein

---

Tode des Paterfamilias perfect werden, folgende Bestimmung getroffen: collationspflichtig ist die Schenkung inter vivos, wenn sie mit dieser Auflage gemacht wurde, sonst nur, wenn der Beschenkte keine dos oder donatio propter nuptias zu conferiren hat, während ein anderer miterbender Descendent, der keine gewöhnliche Schenkung erhalten hat, ihm eine dos oder donatio propter nuptias conferiren muß. Hinsichtlich der donationes mortis causa blieb das Recht der c. 13 C. de collat. (6. 20) stehen.

δ) In der Nov. 18 c. 6 hat Justinian die Collationspflicht hinsichtlich der jetzt gesetzlich fixirten Collationsobjecte auch für den Fall der testamentarischen Erbfolge der Descendenten angeordnet, in Uebereinstimmung mit dem zur Geltung gelangten Princip der Gleichstellung im Erbtheil, aber auf Grund desselben nur unter der alten Voraussetzung, daß sie ihren Ascendenten, wenn er kein Testament hinterlassen hätte, ab intestato beerbt haben würden („secundum quod olim dispositum est"). Es bedurfte jetzt nur noch der Herstellung eines einheitlichen Intestat- und Notherbenrechts für die agnatischen und cognatischen Descendenten, wie sie durch Nov. 118 u. 115 erfolgte, um damit zugleich ein einheitliches Collationsrecht der Descendenten herzustellen, in welchen die beiden alten Collationsinstitute auf- und untergingen.

Die geschichtliche Entwickelung des Collationsrechts und der Abschluß, den sie erhalten hat, gehört zu den bestrittensten Fragen. Die principiellen Meinungsverschiedenheiten beschränken sich indessen auf zwei Punkte:

Es gibt Juristen, welche behaupten, auch im neuesten röm. Recht sei für die Collation das Princip der Schadloshaltung maßgebend geblieben, v. Vangerow a. a. O. § 516 sub II. 1, Sintenis a. a. O. § 189 Note 17, Brinz a. a. O. S. 726 ff. Die herrschende Ansicht erklärt sich dagegen für das Princip der Gleichstellung im Erbtheil: alle Descendenten mit dem ius intestatae successionis sind collationsberechtigt, nicht blos die, denen der collationspflichtige Miterbe einen Theil ihrer Erbquote nimmt, Fein a. a. O. S. 278, Arndts a. a. O. S. 835, Leist a. a. O. S. 238 ff. S. 381 ff., Windscheid, Pand. § 610 Note 6.

Manche Juristen nehmen an, es gebe auch im Justinianischen und heutigen Recht eine besondere collatio emancipati, deren Gegenstand in den Früchten der Adventitien bestehe. Es soll sich dieselbe aus einer consequenten Durchführung des der collatio emancipati zu Grunde liegenden Princips ergeben. Wenn dem so wäre, würde es wohl nicht an jedem Quellenzeugniß darüber fehlen, daß eine solche Collation jemals existirt hat, Leist a. a. O. S. 279. Die herrschende Doctrin und Praxis verneinen dieselbe, weil sie im neuesten römischen Recht beseitigt sei; die dafür angeführten Gründe weichen sehr von einander ab, vgl. v. Vangerow a. a. O. § 515 S. 382 sub 1, Leist a. a. O. S. 279 ff. Windscheid, Pand. § 609 Note 10

ſollen.[1] Deshalb begründen, wo dieſer Präſumtion kein widerſprechender Wille des Gebers entgegenſteht,[2] ſolche Zuwendungen nach Rechtsvorſchrift für die Kinder oder Enkel die Verbindlichkeit, die empfangenen Vermögensſtücke als eine Acceſſion zur Erbſchaft[3] beizuſteuern[4] und als gemeinſchaftliche[5] mit den andern Deſcendenten pro rata ihrer Erbportionen zu theilen,[6] ſofern ſie neben denſelben den gemeinſamen Aſcendenten beerben wollen.[7] Dieſe Verbindlich-

---

Einverſtanden iſt man darüber, (ſ. indeſſen Zimmermann a. a. O. S. 390), daß auf die Collation der Deſcendenten als einer Fortbildung der alten Collation, deren Grundſätze Anwendung finden müſſen, ſoweit ſie nicht auf dem Princip der Schadloshaltung beruhen, oder durch die kaiſerliche Geſetzgebung abgeändert worden ſind, Fein a. a. O. S. 289 ff. Leiſt a. a. O. S. 444 ff. Windſcheid, Pand. § 610 Note 1.

[1] Nov. 18 c. 6 . . . res dotis vel alio nomine datae retinerentur et relicta vindicarentur, nos sancimus, ne talis praesumtio ullo modo locum habeat, sed ...omnino collatio aequaliter fiat . . . ., nisi ille expresse disposuerit, se collationem fieri nolle. c. 17 C. de collat. (6. 20). Ut liberis . . . aequa lance parique modo prospici possit, aequitatis studio . . . legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus . . . parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur . . .

[2] l. 39 § 1 D. fam. erc. (10. 2) . . . ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.

[3] l. 1 § 14 D. de coniung. c. emanc. lib. eius (37. 8) . . hoc enim (quod confertur) non de bonis avi, sed propter bona postea iis accessit.

[4] l. 1 pr. D. de dot. coll. (37. 7) . . . ad collationem dotis praetor cogat filiam . .; conferre debebit. Der heute übliche Ausdruck für conferre iſt: „einwerfen", dem Windſcheid, Pand. § 609 Note 1 den Ausdruck „beibringen" ſubſtituiren will.

[5] c. 8 C. de coll. (6. 20) . . . cum bonis dotem confundi iubebit. c. 19 § 3 C. eod. . . . commixtis huiusmodi collationibus cum bonis mortuae personae.

[6] c. 17 C. eod. . . . ut in dividendis rebus . . . parentis cuius de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio . . . conferatur. c. 5 C. Th. de leg. hered. (5. 1) . . . ut mixtis matrum suarum dotibus avi hereditatem pro rata parte . . . cum avunculis partiantur. c. 2 C. eod.

[7] l. 1 pr. D. de dot. collat. (37. 7) . . . conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. c. un. C. Th. unde lib. (4. 2) . . . si hereditatem velit adire, cum fratribus dotem quam susceperat

keit, die den Zweck hat, die mit einander erbenden Deſcendenten im Erbtheil gleich zu ſtellen, nennt man die Collationsverbindlichkeit, und die Beiſteuer, auf welche ſie gerichtet iſt, die Collation.

Nach dem präſumtiven Willen des Gebers entſteht dieſe Verbindlichkeit ſofort mit der Zuwendung und legt dem Empfänger auch ſofort die Haftung für dolus und culpa levis in concreto auf.[1] Aber ſie entſteht nicht pure zwiſchen ihm und den gleich nahen

miscere cogatur paternae substantiae atque ita in subeunda hereditate sociari cum fratribus.

[1] Nov. 97 c. 6 pr. . . . exigitur quae nupsit conferre suam dotem . . . si quidem suae potestatis et perfectae aetatis mulier est, sibimet culpam inferat, cur mox viro inchoante male substantia uti non percepit et non auxiliata est sibi. Da es ſich hier um eine Verbindlichkeit handelt, die für den Empfänger in ſeiner Eigenſchaft als künftigen Miterben entſteht, ſo kann ſeine Haftung über culpa levis in concreto nicht hinausgehen, l. 25 § 16 D. fam. erc. (10. 2), andererſeits darf aber auch das Geſetz nicht blos von culpa lata verſtanden, und demgemäß angenommen werden, bis zum Erbſchaftsantritt beſchränke ſich die Haftung auf dolus und culpa lata, erſt nach derſelben habe der Empfänger für culpa levis in concreto einzuſtehen. Fein a. a. O. S. 313 ff., Sintenis a. a. O. § 189 Note 31 u. A. behaupten dies nach Analogie der Haftung des emancipatus bei der collatio bonorum, der bis zum Tode nur für dolus, von da ab für culpa einzuſtehen hatte, l. 1 § 23, l. 2 § 2 D. de collat. (37. 6). Dieſe Grundſätze konnten auf die Collation der Deſcendenten keine Anwendung finden, wenn ihnen nicht die ſchuldvolle Vergeudung der empfangenen Zuwendungen geſtattet werden ſollte; ſie fanden auch auf dieſe Collation keine Anwendung, ſondern der von Zimmermann a. a. O. S. 400 ff. vertheidigte Satz: der Collationspflichtige müſſe unter allen Umſtänden den Werth des Empfangenen conferiren. Juſtinian berichtet in der Nov. 97 c. 6 pr. cit.: et novimus quidem iam in plurimis iudiciis duritiam postea sic iudicatam et mulierem coactam conferre dotem . . ., ex qua nullum ei omnino contigit effectum in ipsis rebus recipere; nos autem ex aliis nostris legibus iuvamus causam. Die bisher zur Anwendung gebrachten Grundſätze ſollten alſo durch Juſtinian eine Milderung erfahren. Leiſt a. a. O. S. 470 ff. u. Brinz, Pand. S. 735 vertreten die Anſicht, die Novelle enthalte nur eine Entſcheidung über den beſonderen Fall, von dem ſie ſpreche, nämlich über den Verluſt der dos durch verſäumte rechtzeitige Klage auf Reſtitution gegen den Mann. Sie nehmen an, daß, abgeſehen von dieſem ſpeciellen Fall, durch die Vermögenszuwendung bei Lebzeiten des Gebers noch gar keine Verbindlichkeit für den Empfänger entſtehe, ſondern erſt durch deſſen Erbſchaftsantritt; von da ab könne ihm daher auch erſt eine Haftung für culpa aufgebürdet werden, die dann

Descendenten, sondern für beide Theile unter der conditio iuris, daß sie die Erbschaft ihres Ascendenten erwerben. Unter Descendenten, die diese Erbschaft ablehnen, kann von einer Gleichstellung im Erbtheil nicht die Rede sein. Durch Ablehnung des Empfängers geht seine Collationspflicht, durch Ablehnung der ihm gegenüberstehenden Descendenten deren Collationsberechtigung unter.[1] Der Empfänger hat daher beim Tode des Gebers das Wahl- und Deliberationsrecht, ob er sein Präcipuum conferiren und seinen Erbtheil acquiriren, oder ob er das Präcipuum behalten und seinen Erbtheil aufgeben will.[2] Mit der Erklärung, er wolle nicht conferiren, schlägt er zugleich seinen Erbtheil aus, und die Bedingung für die Collationspflicht deficirt; mit der Erklärung, er wolle seinen Erbtheil erwerben, wird zugleich seine Collationspflicht perfect.

Bei der Gefahr, daß der Erbtheil des Empfängers durch Tod vor dem Antritt seinen Erben entzogen werden könnte, darf die Erfüllung der Collationsverbindlichkeit[3] keine Bedingung für die Acquisition seines Erbtheils sein; sie muß aber eine Voraussetzung derselben werden, welche die Collation zu einer praestatio personalis des Empfängers, und diese zu einer Accession seines Erbtheils macht. Er muß, wenn er die Collation verweigert, seinen Erbtheil an die collationsberechtigten Descendenten verlieren, wie er ihn durch diese Weigerung verloren hätte, wenn die Collation eine Bedingung für den Erwerb seines Erbtheils wäre. Die Rücksicht auf die Erben des Pflichtigen darf den Berechtigten nicht nachtheilig werden.[4]

---

aber wegen der rückwirkenden Kraft des Erbschaftsantritts auf die Todeszeit des Erblassers zurückzudatiren sei. Vgl. Arndts, Pand. § 530 Anm. 1, Windscheid, Pand. § 610 Note 24.

[1] c. 25 C. fam. erc. (3. 36) . . . si avi successionem respueris, conferre fratribus compelli non potes. l. 3 § 5 D. de coll. (37. 6), l. 1 pr., l. 4, l. 8, l. 9 D. de dot. coll. (37. 7), c. 17 C. de collat. (6. 20).

[2] l. 2 § 5 D. de collat. (37. 6) . . . nec indignari eos oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit bonorum possessionem omittere.

[3] l. 1 § 9 D. eod. Iubet autem Praetor ita fieri collationem, ut recte caveatur.

[4] l. 3 pr. D. eod. Praetor non sub conditione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit, sed demonstrat,

Nach der Vorausſetzung, welche die Collation zu einer acceſſoriſchen praestatio personalis macht, haben die Collationsberechtigten aus dieſer praestatio keine beſondere Klage auf Erfüllung der Collationsverbindlichkeit.[1] Sie hat nur den Zweck, die gemeinſame Erbfolge unter den collationsberechtigten und collationspflichtigen Deſcendenten durch Gleichſtellung im Erbtheil zu reguliren. Deshalb findet ſie ihre Erledigung im Erbtheilungsproceß[2] oder im Proceß über die hereditatis petitio.[3] So lange der Collationspflichtige deliberirt, ſteht er unter den Grundſätzen über das ius deliberandi. Tritt er an, ſo haben nun die Collationsberechtigten gegen ihn die actio familiae erciscundae. In dieſer Klage können

---

quid data bonorum possessione fieri oportet. Alioquin magna captio erit emancipati, si non aliter bonorum possessionem accipere intelligeretur, nisi cavisset de collatione: nam si interim ipse decessisset, heredi suo nihil relinqueret. Item si frater eius decessisset, non admitteretur ad bonorum possessionem. Quid ergo est? Intelligendum est bonorum possessionem accipere et antequam caveat, sed si non caverit, ita observabitur, ut tota hereditas apud eum, qui in potestate fuerit, remaneat. l. 1 § 13 D. eod. . . . si quidem per contumaciam non caveat, . . ei denegandas actiones. c. 12, 14 C. h. t. (6. 20). Wer ſchon bei der Erbittung der b. p. die Collation verweigerte, erhielt ſie natürlich nicht, ſondern erſt, wenn er ſich ſpäter zur Collation bereit erklärte, Ulp. XXVIII. 4, Paul. R. S. V. 9, l. 8 D. h. t. (37. 6); vgl. Fein a. a. O. S. 90 ff., Leiſt a. a. O. S. 223.

[1] Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 348. Das juriſtiſche Verhältniß iſt hier ein analoges wie bei einer dem Erben im Teſtament gemachten Auflage. l. 50 § 1 D. de H. P. (5. 3) . . . stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum . . . l. 18 § 2 D. fam. erc. (10. 2) . . . sed et cum monumentum iussit testator fieri, familiae erciscundae agent, ut fiat. l. 8 § 6 D. de condit. (28. 7). Quoties heres iurare iubetur, daturum se aliquid, . . . actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit. Vgl. Windſcheid, Pand. § 99 Note 2.

[2] l. 1 pr. D. de dot. collat. (37. 7) . . . si modo se bonis paternis misceat . . . ad collationem dotis per arbitrum familiae erciscundae posse compelli. c. 16 C. h. t. (6. 20) . . . non conferentem dotem iudicio familiae erciscundae nihil posse consequi . . . placuit. c. 11 C. eod. . . . si legi datae collationi non pareatur denegandas actiones non est ambigui iuris. Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 129, Bd. 31 Nr. 153 a. E.

[3] l. 51 § 1 D. de fam. erc. (10. 2), l. 7 D. si pars hered. pet. (5. 4).

ſie, eventuell unter dem Erbieten das ihrerſeits Empfangene zu conferiren,[1] beim Theilungsrichter den Antrag ſtellen, den Collationspflichtigen zur Erfüllung ſeiner Pflicht anzuhalten, oder im Fall der Weigerung ſeinen Erbtheil auf ſie zu übertragen; beſitzt der Pflichtige die Erbſchaft, ſo können ſie die Sache auch durch Anſtellung der hereditatis petitio zum Austrag bringen. Stellt aber der Collationspflichtige dieſe Klagen gegen ſie an, ſo haben ſie in der Collationsberechtigung einen Gegenanſpruch, den ſie durch jenen Antrag geltend machen können.[2]

1) Die Erfüllung der Collationsverbindlichkeit kann caution oder re geſchehen.[3] Die Caution beſteht in dem durch Bürgen oder Pfand ſicher zu ſtellenden[4] Erfüllungsverſprechen, boni viri arbitratu collationem fieri.[5] Aus dieſem Erfüllungsverſprechen (stipulatio collationis) kann auf die Conferenda ſelbſt erſt mit Erfolg geklagt werden, cum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit.[6] Die Realcollation dagegen erfolgt durch die ſofortige Hingabe der Conferenda zur divisio mit den Collationsberechtigten;[7] ſofern über die Conferenda noch irgend eine Ungewißheit beſteht, kann dieſerhalb zugleich Caution verlangt werden.[8] Erfüllt der Pflichtige die Collationsverbindlichkeit weder cavendo noch dividendo, ſo kommt in Betracht, ob der Grund, aus welchem dies nicht geſchieht, contumacia oder inopia iſt. Im erſten Fall wird ſein Erbtheil mit den Erbſchaftsklagen auf die Collationsberechtigten übertragen,[9] auch dann, wenn er nur gegen einen von ihnen ſeiner Verbindlichkeit nicht nachgekommen iſt;[10] dieſe Ueber-

---

[1] c. 12 C. h. t. (6. 20).

[2] Vgl. Brinz, Pand. § 172.

[3] l. 1 § 11 D. h. t. (37. 6) . . aut enim re . . aut cautione facienda collatio est.

[4] l. 1 § 9 D. eod.

[5] l. 2 § 2 D. eod.

[6] l. 5 § 1 D. eod.

[7] l. 1 § 11 D. eod. . . igitur dividat bona sua cum fratribus et quamvis non caveat, satisfacit edicto.

[8] l. 1 § 11 D. eod. . . . tunc propter incertum cautio erit interponenda.

[9] l. 1 § 13, l. 2 § 8, l. 3 pr. i. f. D. eod. c. 11 C. h. t. (6. 20).

[10] l. 1 § 13 D. eod.

tragung ist aber keine definitive, sie erfolgt unter einer resolutiven conditio iuris: sobald der Pflichtige sich zur cautio oder divisio bereit erklärt, erhält er sein pristinum ius wieder.[1] Im zweiten Fall, wo er wegen Dürftigkeit keine Caution aufzubringen vermag, findet die Translation des Erbtheils nur Statt, wenn die Collationsberechtigten für Restitution desselben mit allen Accessionen auf den Fall caviren, daß der Pflichtige zur cautio oder divisio bereit und im Stande ist; können oder wollen sie diese cautio de restituendo nicht leisten, so wird ein Curator für den Erbtheil des Pflichtigen bestellt.[2]

2) Die Fälligkeit der Collationsverbindlichkeit datirt von der Todeszeit des Erblassers. Sie wird mit ihrer Perfection durch den Erbschaftsantritt des Pflichtigen eine accessorische praestatio personalis seines Erbtheils, den er, wann er auch antritt, ex tempore mortis defuncti erwirbt.[3] Von dieser Zeit an ist er deshalb der pure verpflichtete Schuldner der Collationsberechtigten.[4] Diese sind von da ab seine Gläubiger, auch schon in der Zeit, wo ihre Forderung auf die Collationsschuld, weil sie noch nicht angetreten haben, eine blos deferirte ist wie ihre Erbportion.[5] Mit dem definitiven Erwerb der Erbportion durch den Antritt erwerben sie zugleich diese Forderung definitiv und beide ex tempore mortis defuncti: wie die Collationsschuld, so ist auch die Forderung auf sie eine Accession des Erbtheils, die als solche zugleich mit ihm repudiirt, oder zugleich mit ihm acquirirt wird.[6]

---

[1] l. 1 § 10 D. eod.

[2] l. 1 § 10. 13, l. 2 § 9 D. eod.

[3] Vgl. § 4 S. 78 ff., § 44.

[4] Es verhält sich mit der Collationsschuld wie mit der Vermächtnißschuld bei einem legatum purum: l. 5 § 1 D. quando dies leg. (36. 2) .. si purum legatum est, ex die mortis dies eius cedit. l. 213 pr. D. de V. S. (50. 16). Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam. Vgl. meine Abh. über den obligator. Vertrag unter Abwesenden S. 58 ff. und in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 196 ff.

[5] l. 54 D. de V. S. (50. 16). Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat. Vgl. l. 40 D. de O. et A. (44. 7), l. 9 § 2 D. qui pot. in pign. (20. 4).

[6] Vgl. § 6 S. 99 ff.

3) Für die Leiſtung, welche der Pflichtige aus dem Erfüllungsverſprechen[1] oder zum Zweck der Realcollation zu machen hat, ſind alſo zwei Zeitpunkte maßgebend: die Zeit der Vermögenszuwendung und die Todeszeit des Erblaſſers. Er muß präſtiren: die empfangenen Collationsobjecte, Schadenserſatz, ſo weit ſie nach dem Empfang durch ſeinen dolus oder durch culpa levis in concreto untergegangen oder verſchlechtert ſind,[2] und die Früchte und Zinſen, die er nicht vor, ſondern nach dem Tode des Erblaſſers gezogen oder wegen verſäumter diligentia quam suis nicht gezogen hat;[3] nur die impensae necessariae und utiles, die nicht zu den laufenden Unterhaltungskoſten zählen, können in Abzug gebracht werden.[4] Früchte und Zinſen aus der mora ſetzen aber hier wie überall Interpellation voraus, die erſt eintreten kann, wenn durch den beiderſeitigen Erbſchaftsantritt die Anſtellung der actio familiae erciscundae ermöglicht iſt.[5]

---

[1] l. 5 § 1 D. de collat. (37. 6) . . . boni viri arbitratu collationem fieri edicto praetoris insertum est. § 2. Sive ergo in totum collatio facta non est, sive in partem facta, locum habebit haec stipulatio. § 3 Et sive quis non conferat ex hac stipulatione sive dolo fecerit, quominus conferat, quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur.

[2] l. 2 § 2 D. eod. . . quae sine dolo et culpa perierint ad collationis onus non pertinere: et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus praetor viri boni arbitratu iubet conferri bona; vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet nec dolo nec culpa desiit habere. Nov. 97 c. 6 pr.; vgl. Seite 252 Note 1. Seuffert, Arch. Bd. 30 Nr. 286.

[3] Leiſt a. a. O. S. 477. Windſcheid, Pand. § 610 Note 22.

[4] Dies ergiebt ſich aus der Vorſchrift: collationem viri boni arbitratu fieri. Die l. 1 § 5 D. de dot. coll. (37. 7) hat heute nur eine hiſtoriſche Bedeutung, Leiſt a. a. O. S. 478, Windſcheid, Pand. § 610 Note 23.

[5] Leiſt a. a. O. S. 477. Ueber die Verbindlichkeit des Collationspflichtigen, Früchte und Zinſen zu leiſten, wird geſtritten. Es wird behauptet, an ſich ſeien Früchte ſeit dem Tode des Erblaſſers nur zu conferiren als Acceſſionen nach dem Satze fructus augent hereditatem, alſo nur von frucht- oder zinstragenden Conferenden. Darüber hinaus ſetze dieſe Verbindlichkeit mora ex persona, alſo Interpellation voraus, Fein a. a. O. S. 175, Guyet im Arch. f. civ. Pr. Bd. 21 S. 171 ff., Pfeiffer, Prakt. Ausf. Bd. 1 S. 90, Arndt's Pand. § 530, Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 250, Bd. 16 Nr. 178, Bd. 9 Nr. 191. Man ſtützt ſich auf l. 5 § 1 D. de dot. coll. (37. 7). Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre de-

Was von den Conferenda durch die Erbtheilung an die Berechtigten kommt, und was davon dem Pflichtigen verbleibt, haftet als Accession ihrer Erbtheile mit für die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger.[1] Dieser Haftung können die Conferenda nur durch Ablehnung des Erbtheils entzogen werden. Ebenso läßt sich nur durch sie der Nachtheil vermeiden, den die Collation für den Pflichtigen mit sich bringt. Gegen den Schaden, den er erleidet, wenn er bei der Theilung weniger herausbekommt als er einwirft,

---

buit, moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat. Die Stelle spricht von einem Fall, wo die Tochter ihre dos wegen Auflösung der Ehe schon bei Lebzeiten ihres Parens erhalten hat, und die collatio dotis deshalb bis zum Tode des Parens einen Aufschub (mora) erfährt: hier muß sie ihrem Bruder auch die Früchte seit Auflösung der Ehe, die bis dahin ad onera matrimonii sustentanda dienen, als augmentum dotis conferiren, wie der Bruder ihr die von ihm gezogenen Früchte als augmentum seiner bona zu conferiren hat. Von Verzugszinsen ist also in dieser Stelle nicht die Rede (Windscheid, Pand. § 610 Note 22), aber auch nicht von Zinsen seit der Todeszeit des Erblassers, sondern von Zinsen in der Zeit, von der Auflösung der Ehe bis zur Todeszeit des Erblassers; sie bestimmt nur den Betrag des zu conferirenden Dotalcapitals, über die von demselben nach seiner Fälligkeit zu leistenden Früchte äußert sie sich nicht. Andere Juristen wollen beim Tode des Erblassers eine mora ex re eintreten lassen, und wieder andere den Collationspflichtigen erst vom Erbschaftsantritt zur Leistung von Früchten obligiren, s. darüber Fein a. a. O. S. 321 ff. Daß er aus der Zeit vor dem Tode des Erblassers soweit sie nicht augmentum dotis sind, keine Früchte und Zinsen zu leisten hat, ist unbestritten.

[1] A. M. Leist a. a. O. S. 478; er nimmt an, daß die Conferenda auch durch den Erbschaftsantritt nicht integrirende Accessionen der Erbtheile werden, trotz der confusio und commixtio mit der Erbschaft, die nach den Quellen eintreten soll (S. 446), und daß deshalb die Gläubiger auf die Conferenda keinen Anspruch haben. A. M. Fein S. 335 ff. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 264: „nicht eigentlich Theil des Nachlasses, ... sondern Abdition zu dem Activbestande des Nachlasses." Es würde, wenn es anders wäre, den eigenen Gläubigern des Pflichtigen und des Berechtigten ein ganz unbegründeter Vorzug vor den Erbschaftsgläubigern gegeben sein: letztere müßten sich hinsichtlich des Erbtheils die Concurrenz der eigenen Gläubiger gefallen lassen, während diesen die Conferenda reservirt würden. Die Conferenda wären also im Vermögen ein besonderes Vermögen.

weil sein Erbtheil geringer ist als das Collationsobject,[1] schützt ihn das beneficium inventarii nicht.[2] Das würde ein Schutz gegen die Gleichstellung im Erbtheil sein, die den Zweck der Collation bildet.[3]

4) Die Feststellung der empfangenen Collationsobjecte erfolgt durch den Collationseid. Die Parteien, welche sich im Erbtheilungsproceß gegenüberstehen, haben das Recht, sie selbst anzugeben und diese Angabe durch ihren eigenen Eid zu erhärten. Werden von einem Collationsberechtigten noch andere Conferenda in Anspruch genommen, so liegt ihm die gewöhnliche Beweispflicht ob.[4] Ein Hauptbeweismittel sind die Aufzeichnungen des Erblassers über die Conferenda der Kinder. Ihre Beweiskraft ist durch eidliche Bestärkung nicht bedingt: die Absicht der Eltern, durch falsche Angaben das betheiligte Kind bei der künftigen Erbtheilung nachtheiliger zu stellen und den andern Kindern indirekt einen Vortheil zuzuwenden, läßt sich nicht annehmen.[5]

5) Die Realisirung des Erfüllungsversprechens, mit dem sich in Ermangelung sofortiger Realcollation die Collationsberechtigten bis zum Ablauf einer billigen Frist begnügen müssen, gehört zum Officium des Theilungsrichters, weil sie zur vollständigen Erledigung der Auseinandersetzung unter den miteinander erbenden Descendenten erforderlich ist. Sie ist Ausführung des Theilungsurtheils, welches auf diese Caution erkannt hat. Es kann daher

---

[1] l. 2 § 5 D. de collat. (37. 6).

[2] A. M. Fein a. a. O. S. 335, v. Vangerow, Pand. § 516 Anm. 4. Sintenis a. a. O. Note 33.

[3] Mit Recht verneint wird dieser Schutz von Puchta, Vorl. § 514, Zimmermann a. a. O. S. 411 Leist a. a. O. S. 478.

[4] Leist a. a. O. S. 455 ff., der den deutschrechtlichen Ursprung des Collationseides nachweist und dessen Verschiedenheit hervorhebt vom Manifestationseid: dieser ist eine von gewissen Voraussetzungen abhängige Pflicht, (§ 40 S. 243 Note 3), der Collationseid ein Recht, nach welchem der Conferent nicht alle empfangenen Zuwendungen zu specialisiren hat, um damit zugleich zu documentiren, welche der Collation nicht unterworfen sind, Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 190, Bd. 19 Nr. 169, Bd. 36 Nr. 51 und dagegen Bd. 23 Nr. 189, wo auf den Collationseid keine Rücksicht genommen ist.

[5] Leist a. a. O. S. 460, Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 272, Bd. 23 Nr. 316.

mit der actio iudicati auf die Leistung der Conferenda geklagt werden; es bedarf dazu keiner selbständigen Klage.[1] Da die Collation arbitratu boni viri geschehen soll, so ist sie nicht nothwendig durch Naturaltheilung auszuführen.[2] Sie kann auch durch andere Leistungen bewirkt werden[3] (s. g. fingirte Collation), insbesondere durch Anrechnung des Werthes der Conferenda auf den Erbtheil des Pflichtigen,[4] es müßte denn der Collationsberechtigte ein besonderes Interesse an der Herausgabe in natura nachweisen.[5]

Das heutige Recht betrachtet die römische stipulatio collationis sofort bei der Erbantretung des Collationspflichtigen als stillschweigend abgeschlossen; es giebt dem Collationsberechtigten gegen den Pflichtigen ohne Weiteres den Anspruch auf Sicherstellung mittelst Bürgen oder Pfand, eventuell auf die Uebertragung seines Erbtheils.[6] Durch diese Modification wird im Uebrigen die gemeinrechtliche Geltung des römischen Rechts nicht berührt. Sie bewirkt namentlich nicht, daß die Collationsverbindlichkeit auch außerhalb des Erbtheilungsprocesses eingeklagt werden kann.[7] Durch jene Modification hört diese Verbindlichkeit nicht auf eine accessorische praestatio personalis zu sein, die zu dem Zweck entsteht, die gemeinsame Erbfolge unter den betheiligten Descendenten durch Gleichstellung im Erbtheil zu reguliren. Deshalb kann sie

---

[1] Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 324.

[2] l. 1 § 11 i. f. D. de collat. (37. 6).

[3] l. 1 § 12 D. eod.

[4] c. 5 C. h. t. (6. 20), Nov. 97 c. 6 pr. Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 67. 68.

[5] Diese Beschränkung ergiebt sich aus dem Satz: collationem viri boni arbitratu fieri. Die freie Wahl der Art der Collation darf dem Pflichtigen nicht zugestanden werden, wie es von Fein a. a. O. S. 298, Sintenis a. a. O. § 189 Note 34 u. A. geschieht; s. dagegen Leist a. a. O. S. 466, Windscheid, Pand. § 610 Note 29. Seuffert, Arch. Bd. 24 S. 250: „Ein sofortiges Einwerfen baarer Conferenden in die Erbmasse sei nicht üblich". Die Entscheidungsgründe weisen auf die damit verbundenen Weiterungen, Kosten und möglichen Verluste hin.

[6] Sintenis a. a. O. § 189 Note 4, Leist a. a. O. S. 450 ff. S. 462 ff. Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 67. 69. A. M. Fein a. a. O. S. 295 ff.

[7] Dieser Ansicht ist Leist a. a. O. S. 469.

auch heute nicht schon vor der Erbtheilung durch eine besondere Klage geltend gemacht werden; insbesondere ist auch bei der mit der actio communi dividundo verlangten Theilung einzelner Erbschaftsgegenstände der Antrag auf Einwerfung oder Abrechnung der Conferenda unzulässig.[1] Die Collationsberechtigten haben daher, wenn sie ihren Anspruch im Erbtheilungsproceß nicht verfolgen, abgesehen von einer etwaigen condictio indebiti oder in integrum restitutio, keine Hülfe, sofern sie nicht über die Collation Verträge geschlossen haben, welche eine Klage für sie begründen.[2]

6) Der Grund der Collationsverbindlichkeit ist das Gesetz, welches sie für gewisse Vermögenszuwendungen inter vivos vorschreibt, und der Grund dieses Gesetzes ist der präsumtive Wille des Gebers.[3] Das Gesetz präsumirt diesen Willen,[4] aber es fingirt ihn nicht. Deshalb setzt die Collationsverbindlichkeit zwar nicht den Nachweis voraus, daß der Geber diesen Willen wirklich gehabt habe,[5] aber sie wird ausgeschlossen bez. aufgehoben durch den Nachweis, daß er ihn nicht gehabt, oder daß er ihn revocirt habe.[6] Aus dem Beweise, daß die Vermögenszuwendung mit der Erklärung erfolgt ist, sie solle nicht conferirt werden, ergiebt sich, daß die Collationsverbindlichkeit von vornherein überhaupt nicht entstanden, und aus dem Beweise einer solchen nachträglichen Erklärung, daß sie als eine sub conditione des Antritts entstandene untergegangen ist.[7] Diese Erklärung des Gebers bedarf keiner besonderen Form[8] und braucht auch nicht an den Empfänger gemacht zu werden. Wie der

---

[1] Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 129.

[2] Sintenis a. a. O. § 189 Note 4.

[3] Nov. 18 c. 6 . . . nisi ille expresse disposuerit, se collationem fieri nolle. Das expresse ist gleichbedeutend mit apertissime, daher kommen beide Worte auch in Verbindung miteinander vor: apertissime et expressim, c. 1 § 11 C. de cad. toll. (6. 51).

[4] Selbstverständlich nur, wenn der Wille nicht contra legem ist: wo und soweit die Collation den Pflichttheil des Conferirenden verletzen würde, cessirt sie, Leist a. a. O. S. 485, Windscheid, Pand. § 610 Note 10, Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 69, Bd. 18 Nr. 97.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 276.

[6] Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 356.

[7] Leist a. a. O. S. 486 ff.

[8] Windscheid, Pand. § 610 Note 9 u. d. hier Gen.

vom Gesetz präsumirte Wille ein einseitiger ist und eine bestimmte Form der Vermögenszuwendnng nicht voraussetzt, so genügt zur Beseitigung der Präsumtion ein einseitiger und formloser Wille. Er kann deshalb auch stillschweigend erklärt werden, sofern dies nur so geschieht, daß er sich mit Sicherheit erkennen läßt.[1] So namentlich durch die Vertheilung der Erbschaft, wenn sich aus ihr unzweifelhaft ergiebt, daß sie mit Rücksicht auf die einem Descendenten zugewandten, an sich der Collation unterworfenen Vermögensstücke vorgenommen worden ist, sei es, daß er diesen Descendenten auf eine kleinere Erbquote instituirt, oder den übrigen noch Vermächtnisse zur Ausgleichung zugewandt hat.[2] Aber der einseitige Wille, durch welchen der Geber die Collation ausschließt, ist bis zu seinem Tode einseitig widerruflich; mit dem Widerruf tritt der gesetzlich präsumirte Wille wieder an seine Stelle. Zur unwiderruflichen gänzlichen oder theilweisen Befreiung von der Collation ist ein Vertrag zwischen Geber und Empfänger erforderlich, oder ein Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Pflichtigen, der schon bei Lebzeiten des Erblassers geschlossen werden kann.[3]

7) Die Objecte der Collationsverbindlichkeit können nur Vermögensstücke sein, welche zum Zweck der Versorgung einem Descendenten inter vivos zugewandt sind. Es werden aber nicht alle Vermögenszuwendungen, die diesen Zweck haben, und nicht alle Descendenten, die sie zu diesem Zweck erhalten, collationspflichtig. Der Gegenstand und die Subjecte der Collationsverbindlichkeit müssen daher noch näher bestimmt werden.

---

[1] Leist a. a. O. S. 483. Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 73, Bd. 10 Nr. 69, Bd. 31 Nr. 347.

[2] l. 39 § 1 D. fam. erc. (10. 2).

[3] Leist a. a. O. S. 488. Die Befreiung von Seiten des Erblassers darf aber für die übrigen Descendenten keine Verletzung des Notherbenrechts bewirken; waren also die der Collation unterworfenen Zuwendungen an den einen Descendenten so groß, daß sie den Pflichttheil der andern verkürzen, so haben diese die actio suppletoria auf Ergänzung, Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 69.

b. Gegenstand.*

§ 42.

Die Familienliebe fordert, daß die Eltern nach der verschiedenen Individualität für das Wohl der einzelnen Kinder Sorge tragen und das nach ihr für sie erforderliche Vermögen hergeben. Darin besteht die wahre Gleichstellung der Kinder.[1] Es darf deshalb nicht Alles, was ihnen die Eltern bei Lebzeiten zuwenden, collationspflichtig sein,[2] sondern nur das, was sie ihnen zur Versorgung für das ganze Leben gegeben haben. Nur durch eine solche Gabe erhalten sie vor den andern Kindern ein Präcipuum, welches sie, wenn diese ihnen bei der Erbtheilung gleichgestellt werden sollen, auch mit ihnen theilen müssen. Demgemäß sind nach römischem Recht collationspflichtige Vermögenszuwendungen nur: a) die dos;[3] b) die donatio propter nuptias, an deren Stelle heute die deutsche Widerlage getreten ist;[4] c) die militia d. i. ein dem Sohn verschaffter käuflicher Dienst,[5] — eine Vorschrift, die heute keine analoge Anwendung finden kann;[6] d) eine gewöhnliche Schenkung (donatio simplex), diese aber nur in zwei Fällen: wenn sie mit der Auflage der Collation gemacht ist, und wenn vom Beschenkten keine dos oder donatio propter nuptias zu conferiren ist, während ihm von einem andern Descendenten, der keine gewöhnliche Schenkung erhalten

---

* Leist a. a. O. S. 402 ff.

[1] Leist a. a. O. S. 359.

[2] Die ältere Doctrin nahm dies als Regel an, Fein a. a. O. S. 250 ff.; sie wurde berichtigt durch Francke a. a. O., vgl. Fein a. a. O. v. Vangerow, Pand. § 516 Anm. 3, Windscheid, Pand. § 610 Note 12, Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 169, Bd. 33 Nr. 316 und dagegen Bd. 1 Nr. 356.

[3] c. 17 C. de coll. (6. 20).

[4] c. 17 cit. Brinz, Pand. § 171 S. 725, Windscheid, Pand. § 610 Note 11, § 508 Note 13, v. Gerber, Deutsch. Privatr. § 239.

[5] c. 20 § 2 C. h. t. (6. 20). In dieser Constitution stellte Justinian die Regel auf: es müsse Alles conferirt werden, was auf den Pflichttheil einzurechnen sei (dos, donatio propter nuptias, militia), aber es gelte nicht der umgekehrte Satz: illa quae conferuntur omnimodo in quartam partem his computari, weil Collationsobjecte auch donationes simplices sind. Leist a. a. O. S. 363 ff.

[6] Fein a. a. O. S. 263.

hat, eine dos oder donatio propter nuptias conferirt werden muß.[1] Eine gewöhnliche Schenkung iſt jede donatio inter vivos außer der donatio propter nuptias, nicht auch die Schenkung auf den Todesfall,[2] wohl aber die Schenkung unter Lebenden an ein Hauskind, obwohl ſie erſt mit dem Tode des Vaters perfect wird,[3] und jede andere Gabe mit den juriſtiſchen Vorausſetzungen der donatio:[4] wo dieſe exiſtiren z. B. auch Alimente und Studienkoſten,[5] dagegen keine ſ. g. remuneratoriſchen Schenkungen[6] und keine Gelegenheitsgeſchenke, weil ſie hier nicht exiſtiren.[7]

Durch das heutige Recht hat das römiſche folgende Ergänzung

---

[1] c. 20 § 3 C. h. t.

[2] Von einer ſolchen ſpricht c. 18 pr. C. fam. erc. (3. 36). Sachen, die der Vater blos für die Tochter anſchafft (comparavit), hat er ihr nicht inter vivos geſchenkt, aber es iſt der Wille des Vaters zu präſumiren, daß die Tochter dieſe Sachen mortis causa als praecipuum haben ſoll. Dieſe m. c. donatio ſteht einem Vermächtniß gleich, l. 17 § 2 D. de legat. (30). Die c. 18 pr. cit. ſteht alſo nicht, wie man angenommen hat, mit der in der folgenden Note citirten c. 13 C. de collat. (6. 20) in Widerſpruch. Ueber die verſchiedenen Erklärungsverſuche vgl. Fein a. a. O. S. 126 ff., Francke a. a. O. S. 234 ff., Leiſt a. a. O. S. 259.

[3] Das Recht der c. 13 u. c. 17 i. f. C. h. t. hat Juſtinian nicht geändert, vgl. S. 249 Note sub ββ. Fein a. a. O. S. 226, Leiſt a. a. O. S. 405, Windſcheid § 610 Note 16 zählen die donatio m. c. zu den donationes simplices; ſ. dagegen v. Vangerow, Pand. § 562 a. E.

[4] Dieſe Vorausſetzungen ſind: ein Rechtsgeſchäft unter Lebenden, eine Vermögensveräußerung des Gebers, Bereicherung des Empfängers und der animus donandi, vgl. Keyſſer, das Verbot der Schenkung unter Ehegatten § 1—3 (Erlanger Inauguraldiſſ. 1878).

[5] l. 50 D. fam. erc. (10. 2). Vgl. Leiſt a. a. O. S. 434 ff. und S. 440 ff. über Reiſekoſten, Koſten für Erlangung einer academiſchen Würde, für den Einjährig-Freiwilligendienſt. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 357, Bd. 9 Nr. 190, Bd. 10 Nr. 67, Bd. 14 Nr. 151, Bd. 18 Nr. 97, Bd. 33 Nr. 316.

[6] Weil hier der animus donandi fehlt, Brinz, Pand. § 171 S. 725, Keyſſer a. a. O. S. 45. A. M. Fein a. a. O. S. 223, Leiſt a. a. O. S. 405 und auch Windſcheid, Pand. § 610 Note 16 nach dem von ihm in § 368 angenommenen Begriff der remuneratoriſchen Schenkung.

[7] l. 31 § 8 D. de donat. i. v. e. u. (24. 1), l. 194, 214 D. de V. S. (50. 16), Leiſt a. a. O. S. 441, Windſcheid, Pand. § 610 Note 16, Keyſſer, a. a. O. S. 40.

erfahren: nach der gemeinrechtlichen Praxis ist auch collationspflichtig das s. g. subsidium paternum d. i. Alles, was ein Ascendent seinem Descendenten zur Einrichtung einer selbständigen Wirthschaft gegeben hat.[1]

Andere Vermögenszuwendungen, als die durch Rechtsvorschrift bestimmten kann der Wille des Gebers nicht collationspflichtig machen. Die Collationsobjecte stellt das Gesetz nach dem Zweck der Collation durch spezielle Aufzählung unabänderlich fest,[2] nur die Collationspflichtigkeit derselben im concreten Fall überläßt es dem Ermessen des Gebers.[3]

c. Subjecte.*

§ 43.

Collationspflichtig und collationsberechtigt können nur Descendenten des Gebers sein und nur solche Descendenten, die ihm gegenüber das ius intestatae successionis haben und seine Erben werden. Ob das Descendentenverhältniß durch Geburt, durch Adoption oder durch Legitimation begründet ist, kommt nicht in Betracht,[1] ebenso ist es irrelevant, wie die Descendenten den Geber beerben, ob als Intestat-, als Testaments- oder als Notherben.[2] Aber Erben,

---

[1] Leist a. a. O. S. 406 ff., der diesen Satz auf das deutsche Recht zurückführt, Sintenis a. a. O. § 189 Note 24, Buchta, Pand. § 513 Note b, Brinz, Pand. § 171 S. 725, Windscheid, Pand. § 610 sub 3 a. E. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 349, Bd. 4 Nr. 136, Bd. 7 Nr. 206, Bd. 8 Nr. 276, Bd. 9 Nr. 190, Bd. 10 Nr. 67, Bd. 14 Nr. 151, Bd. 25 Nr. 249, Bd. 33 Nr. 238. A. M. Francke a. a. O. S. 222 ff., Fein a. a. O. S. 259 ff., v. Vangerow, Pand. § 516 Anm. 3 a. E.

[2] Leist a. a. O. S. 489 ff., Windscheid, Pand. § 610 Note 18.

[3] Hat er die Collation in unwiderruflicher Weise erlassen, so steht ihm selbstverständlich immer noch frei, auf indirektem Wege durch geeignete letztwillige Dispositionen dasselbe Resultat herzustellen, wie wenn seine Zuwendungen collationspflichtige wären, Leist S. 493.

* Vgl. Leist a. a. O. S. 360 ff.

[1] c. 17 C. de collat. (6. 20) Ut liberis . . . prospici possit. Zu den liberi gehören auch die Adoptirten und Legitimirten, Fein a. a. O. S. 265, Leist a. a. O. S. 362, v. Vangerow, Pand. § 516 Anm. 2 sub I a. E., Windscheid, Pand. § 610 Note 2.

[2] c. 17 cit. . . quocunque iure intestatae successionis, id est aut testamento penitus non condito vel, si factum fuerit, contra tabulas

die nicht seine Descendenten sind, und Descendenten, die nicht seine Erben werden, sondern nur ein Vermächtniß erhalten, oder die ihn zwar ex testamento beerben, aber ab intestato nicht als Erben berufen sein würden, wenn kein Testament vorläge, sind weder zur Collation verpflichtet noch berechtigt. Daher ist namentlich die Collationsberechtigung ausgeschlossen für Personen, die neben Descendenten nur als gesetzliche Vermächtnißnehmer ab intestato berufen sind: für die arme Wittwe[1] und für den emancipirten arrogatus impubes, die nur einen Anspruch auf die quarta pars purae substantiae haben,[2] und für die unehelichen Kinder, die aus der Erbschaft ihres Erzeugers auch nur den sechsten Theil der erbschaftlichen Activa beanspruchen können.[3]

Bei der Errichtung eines Testaments hat der Geber die Gelegenheit, die Collationsfrage selbst zu regeln. Diese Regelung unterbleibt aber leicht, weil der Erblasser sein Testament oft erst in den letzten Lebensstunden macht. Aus dem Umstande, daß er nichts über die Collation im Testament gesagt hat, läßt sich deshalb nicht der Schluß ziehen, daß er sie nicht gewollt habe. Das vorjusti-

---

bonorum possessione petita vel inofficiosi querela mota resciisso. Nov. 18 c. 6 . . . sed sive quispiam intestatus moriatur sive testatus . . . omnino esse collationes et exinde aequalitatem secundum quod olim dispositum est. Diese Vorschriften gelten auch für den ex certa re instituirten Descendenten, Neuner, Heredis institutio ex certa re S. 461, Leist a. a. O. S. 481, v. Vangerow § 516 Anm. 2 sub I 4, Windscheid, Pand. § 610 Note 4. A. M. Fein a. a. O. S. 377, der S. 374 ff. auch das Erforderniß des ius intestatae successionis für den instituirten Descendenten in Abrede stellt, im Widerspruch mit den citirten Worten der Nov. 18 c. 6. secundum quod olim dispositum est. Die auf die collatio bonorum bezüglichen l. 6. 7 D. de dot. coll. (37. 7) (Leist a. a. O. S. 232 ff.) haben in dem neuen Collationsrecht ihre Geltung verloren, c. 17 cit., Windscheid, a. a. O.

[1] Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 264, Bd. 15 Nr. 231; vgl. Bd. 18 Nr. 97. Leist a. a. O. S. 365.

[2] Vgl. § 37 S. 232.

[3] Die herrschende Doctrin giebt ihnen ein Erbrecht (Windscheid Pand. 574 Nr. 3), zählt sie aber gleichwohl nicht zu den liberi, die das römische Recht bei der Collation vor Augen hat, Fein a. a. O. S. 266, Leist a. a. O. S. 363, v. Vangerow, Pand. § 516 Anm. 2 sub I 5, Windscheid, Pand. § 610 Note 2. Vgl. mein System S. 40.

nianiſche Recht machte dieſe Schlußfolgerung.[1] Juſtinian hat dagegen beſtimmt, daß die als Inteſtaterben collationspflichtigen Deſcendenten dies auch als Teſtamentserben ſein ſollen, wenn ſich nicht der entgegengeſetzte Wille des Erblaſſers aus ſeinem Teſtament unzweifelhaft ergiebt.[2]

Hiernach ſind die einzelnen Fälle, die vorkommen können, in folgender Weiſe zu beurtheilen:

I. Iſt der Empfänger der Collationsobjecte ein Deſcendent erſten Grades, Sohn oder Tochter des Gebers oder der Geberin, der ſeine Geſchwiſter zu Miterben hat, ſo wird die Collationsverbindlichkeit unter allen Betheiligten perfect, wenn ſie ſämmtlich ihre Erbtheile erwerben. Der Empfänger muß jetzt als Pflichtiger mit den Geſchwiſtern als Berechtigten die Conferenda in demſelben Verhältniß theilen wie die Erbſchaft (pro portione hereditaria);[3] es verbleibt ihm alſo von den Conferenden nur der ſeiner Erbportion entſprechende Antheil.[4] Hat der Geber in ſeinem Teſtament neben den collationspflichtigen und collationsberechtigten Deſcendenten noch

---

[1] Die Nov. 18 c. 6 faßt den vor ihr geltenden Rechtszuſtand ſo zuſammen: in collationibus siquidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum earum virtutem fieri; si vero testati nihil dicentes de iis, locum non fieri collationibus.

[2] Nov. 18 c. 6 . . . non esse omnino talem opinionem, sed . . . omnino esse collationes . . . nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem. Aus der bloßen Errichtung eines Teſtaments kann der fragliche Wille nicht entnommen werden, ſondern nur aus dem Inhalt des Teſtaments. Das iſt wohl nicht zu beſtreiten: dennoch hat dieſe Vorſchrift eine ſehr abfällige Kritik erfahren, vgl. Leiſt a. a. O. S. 180, Brinz, Pand. § 171 S. 724.

[3] c. 4 C. de coll. (6. 20). Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si ab intestato succedant . . . fratribus . . . conferendam esse. c. 17 C. h. t. . . . in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentium tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater . . . dederit vel promiserit pro filio vel filia . . . c. 20 pr. C. h. t. . . omnimodo coheredibus suis conferant. c. 5 C. Th. de leg. her. (5. 1) mixtis . . dotibus . . hereditatem pro rata parte partiantur.

[4] l. 1 § 24 D. de collat. (37. 6) . . . dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut quicumque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis.

extranei instituirt, so theilen jene die Conferenda nach Verhältniß ihrer Erbportionen, wie wenn sie die einzigen Erben wären.[1]

Durch den perfecten Erwerb der Erbtheile wird die Collationsschuld und die Collationsberechtigung eine perfecte Acceſſion dieſer Erbtheile. Daher gehen beim Tode des Pflichtigen oder des Berechtigten die Erbtheile mit dieſer Acceſſion als Beſtandtheile ihrer Erbſchaft auf ihre Erben über.[2] Und wird über das Vermögen des Pflichtigen der Concurs eröffnet, oder hat der Pflichtige einen Erbtheil verpfändet, ſo können denſelben dort die Concursgläubiger, hier die Pfandgläubiger nur gegen Erfüllung der Collationsverbindlichkeit für ihre Befriedigung in Anſpruch nehmen, weil er nur unter der Vorausſetzung der Collation erworben iſt.[3]

Lehnt der Pflichtige ſeinen Erbtheil ab, durch Abſtinenz, durch Repudiation oder auf dem Wege der i. i. restitutio gegen den Antritt, ſo geht die Collationsverbindlichkeit unter, weil die Bedingung für ſie deficirt iſt. Der Empfänger behält die Collationsobjecte, und ſein vacanter Erbtheil iſt deshalb frei von dem Onus der Collationspflicht, nicht blos wenn er durch Accrescenz an die Miterben kommt, ſondern auch im Fall der ſucceſſiven Delation an die Nacherben.[4]

Lehnt, während der Pflichtige antritt, einer der Collationsberechtigten ſeinen Erbtheil ab, ſo accrescirt derſelbe mit der Acceſſion der Collationsberechtigung den übrigen Berechtigten und dem Pflichtigen; der Antheil des Pflichtigen an den Conferenden erhält alſo einen Zuwachs durch Confuſion.[5] Lehnen aber ſämmtliche Berechtigte

---

[1] l. 1 § 24, l. 2 § 5. 7, l. 3 § 2 D. eod., v. Vangerow, Pand. § 516 sub II 2 u. die dort Gen., Windſcheid, Pand. § 610 Note 6—8.

[2] c. 14 C. h. t. (6. 20), Leiſt a. a. O. S. 401, v. Vangerow, Pand. § 516 Anm. 2 sub I 6.

[3] Leiſt a. a. O. S. 401, Windſcheid, Pand. § 610 Note 25 a. E.

[4] Leiſt a. a. O. S. 402, v. Vangerow, Pand. § 516 Anm. 2 sub I 6.

[5] Die heutige Doctrin unterſcheidet nicht den Fall, wo die Accrescenz eintritt, weil der Pflichtige repudiirt, und den, wo ſie eintritt, weil einer der Berechtigten repudiirt. Sie ſtellt ſchlechthin den Satz auf: Perſonen, die aus eigenem Recht (durch Accrescenz oder Subſtitution) an die Stelle des

die Erbschaft ab, so geht die Collationsverbindlichkeit ganz durch Confusion unter, weil der Pflichtige durch Accrescenz der einzige Erbe wird. Kommt es bei der Ablehnung eines der Collationsberechtigten zur successiven Delation seines Erbtheils an seine ihm substituirten Kinder oder Enkel, so ergiebt sich zwar aus dieser Substitution, daß der Geber die Möglichkeit des Nachrückens seiner Enkel oder Urenkel im Voraus berücksichtigt hat, demungeachtet erhalten sie die Collationsberechtigung ihres Parens nicht: da dieser lebt, haben sie dem Geber gegenüber kein ius intestatae successionis. Der Antheil des Parens an den Conferenden verbleibt also dem Pflichtigen, sofern nicht die substituirten Enkel auch repudiiren und deshalb nachträglich noch der vacante Erbtheil den Geschwistern des Parens accrescirt.

Lehnen der Pflichtige und alle Berechtigten ihre Erbtheile ab, so bleiben die Conferenda beim Pflichtigen. Deshalb erlischt die Collationsverbindlichkeit. Sie besteht nicht zwischen den Kindern des Pflichtigen und der Berechtigten, an welche die Erbtheile ihres Parens durch successive Delation gelangen: wer keine Conferenda bekommen hat, hat sie auch nicht zu leisten.[1]

Stirbt der Pflichtige vor dem definitiven Erwerb seines Erbtheils, so sind drei Fälle möglich: es kann Transmission, Accrescenz oder successive Delation eintreten.

Liegt ein Transmissionsfall vor, so kommt der Erbtheil des Pflichtigen an seinen Erben mit dem ihm selbst zustehenden Wahl-

---

Berechtigten oder Pflichtigen treten, sind nur aus ihrer eigenen Person collationsberechtigt und collationspflichtig, Buchta, Pand. und Vorl. § 512, Leist a. a. O. S. 402. 485. Nach dieser Regel würde bei einer an zwei Brüder zu conferirenden dos, wenn ein Bruder seinen Erbtheil repudiirt, dieser Erbtheil dem andern Bruder und der soror dotata accresciren, sein Antheil an der dos aber der Schwester allein zu Gute kommen, während es in den Quellen heißt mixtis dotibus hereditatem pro rata parte partiantur und ut quicunque confert etiam suam personam numeret in partibus faciendis.

[1] Ueber diesen Fall besteht wohl keine Meinungsverschiedenheit; gestritten wird nur über die Collationspflicht der Enkel, wenn sie den Erbtheil ihres Parens durch successive Delation erhalten, weil er durch Tod weggefallen ist.

recht: das Präcipuum zu conferiren und den Erbtheil zu acquiriren, oder das Präcipuum zu behalten und den Erbtheil aufzugeben.[1]

Fehlt es an den Vorausſetzungen der Transmiſſion, oder repudiiren die Transmiſſare, ſo accrescirt der Erbtheil des Pflichtigen ſeinen Geſchwiſtern, und die Collationsverbindlichkeit geht durch Confuſion unter, falls nicht dem Pflichtigen Subſtituten ernannt ſind, die ſeinen Erbtheil antreten. Sind dies Kinder oder Enkel des Pflichtigen, die von ihm die Conferenda ererbt und zugleich Inteſtaterbrecht gegen den Geber haben, ſo können auch ſie den Erbtheil nur unter der Vorausſetzung der Collation erwerben.[2] Nach dem präſumtiven Willen des Gebers muß angenommen werden, daß ſeine Enkel, die in allen relevanten Beziehungen ihrem verſtorbenen Parens völlig gleich ſtehen, auch nicht ohne die Collationspflicht des Parens an deſſen Stelle treten ſollen.[3] Dieſer präſumtive Wille iſt nicht blos da vorausſetzen, wo der Erblaſſer durch eine Subſtitution dieſes Nachrücken ſelbſt angeordnet hat, ſondern auch wenn das Nachrücken nach den Grundſätzen der Inteſtaterbfolge ordine quodam naturali erfolgt, und gleichviel ob erſt nach ſeinem Tode oder durch ſucceſſive Delation ſchon bei ſeinen Lebzeiten.[4]

---

[1] Leiſt a. a. O. S. 402. 485, v. Bangerow, Pand. § 516 Anm. 2 sub I 6, Windſcheid, Pand. § 610 Note 3.

[2] c. 5 C. Th. de leg. her. (5. 1). Nepotes ex filia pro rata parte sub hac conditione succedant, qua et matres si viverent ... ut mixtis matrum suarum dotibus avi hereditatem pro rata parte ... cum avunculis partiantur.

[3] Die herrſchende Doctrin ſtellt den Satz auf: Ein Subſtitut hat nicht die Conferenden des vor ihm Weggefallenen einzuwerfen, wohl aber als Deſcendent das ſelbſt Empfangene, Leiſt a. a. O. S. 485, Fein a. a. O. S. 390 ff., Puchta, Vorl. § 512, v. Bangerow, Pand. § 516 Anm. 2 sub I 6. Dagegen heißt es bei Windſcheid, Pand. § 610 sub 4: „Enkel ꝛc. müſſen nicht blos die ihnen, ſondern auch die ihren Eltern ꝛc. gemachten Zuwendungen conferiren, ſoweit dieſelben an ſie gelangt ſind.“ Der Fall der Subſtitution wird von ihm nicht ausgeſchloſſen, aber auch nicht beſonders erwähnt.

[4] c. 17 C. de collat. (6. 20) Leo ... in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentium tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia etc. dederit vel promiserit

Stirbt vor dem Geber der Pflichtige mit Hinterlassung von Kindern, die beim Tode des Gebers mit Geschwistern ihres verstorbenen Parens zur Erbschaft berufen werden, so haben sie an Stelle desselben die Collationspflicht, wenn sie die Conferenda erhalten haben; und sterben vor dem Geber die Berechtigten mit Hinterlassung von Kindern, die den Geber beerben, so haben sie an Stelle ihres Parens die Collationsberechtigung.[1] Selbstverständlich muß es sich ebenso verhalten, wenn der Pflichtige und die Berechtigten insgesammt nach dem Tode des Gebers, aber vor dem Erwerb ihrer Erbtheile sterben und diese durch successive Delation an ihre Kinder kommen. Es kann freilich mit der Vermögenszuwendung an die Tochter oder den Sohn die Collationsverbindlichkeit nicht zugleich für die Enkel ihren Anfang nehmen. Ebensowenig kann sie beim Tode des Pflichtigen von diesem auf den durch eine neue Delation berufenen Enkel übergehen; aber es muß bei der neuen Delation an den Enkel von Neuem die Collation eine Voraussetzung für den Erwerb des Erbtheils werden, sofern die Enkel die Conferenda und das ius intestatae successionis haben.[2] Der präsumtive Wille des Gebers, der nach dem Gesetz für die Collation maßgebend ist, fordert die Gleichstellung im Erbtheil, wie für die Kinder, auch für die Enkel, die an deren Stelle gerückt sind.[3]

---

pro filio vel filia, nepote vel nepte etc. . .: ut in dividendis rebus ab intestato parentis, cuius de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur.

[1] c. 19 § 3 C. eod. Iustin. . . praecipimus tam filios vel filias defunctae personae dotem vel ante nuptias donationem a parentibus suis sibi datam conferre nepotibus vel neptibus mortuae personae, quam eosdem nepotes vel neptes patruis suis aut avunculis, amitis etiam et materteris dotem et ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, similiter conferre . . .

[2] c. 5 C. Th. de leg. her. (5. 1) . . . sub hac conditione succedant, qua et matres si viverent . . .

[3] Zu demselben Resultat gelangen Leist a. a. O. S. 283 ff. und Windscheid, Pand. § 610 Note 20 auf Grund historischer Ausführungen, die unter sich aber nicht übereinstimmen, v. Vangerow, Pand. § 516

II. Ist der Empfänger der Collationsobjecte ein Enkel ꝛc. des Gebers oder der Geberin, dessen Parens zur Zeit der Vermögenszuwendung noch lebt, so nimmt die Collationsverbindlichkeit gleichwohl sofort ihren Anfang. Die eine conditio iuris, von der sie abhängig ist, das Descendentenverhältniß, existirt, die andere, das ius intestatae successionis, kommt erst beim Tode des Gebers in Frage. Hat er jetzt das Intestaterbrecht, so wird die Verbindlichkeit perfect.[1] Hat er es nicht, weil sein Parens noch nicht gestorben ist, so erlischt die begonnene Verbindlichkeit, wenn er auch den Geber ex testamento beerbt. Aber sie kann von Neuem für ihn entstehen, wenn er durch eine successive Delation den Erbtheil seines Parens erhält.

III. Sind einem extraneus Collationsobjecte zugewandt, den der Geber später adoptirt oder legitimirt, so kann die Collationsverbindlichkeit im Moment der Vermögenszuwendung für den Empfänger auch nicht als eine bedingte mit bedingter Haftung entstehen, weil hier die conditio iuris des Descendentenverhältnisses nicht existirt. Im Moment aber, wo diese conditio durch die Adoption oder Legitimation zur Existenz kommt, muß nach dem präsumtiven Willen des Gebers die Collationsverbindlichkeit zur Existenz kommen, wenn der Empfänger die Collationsobjecte noch hat.[2]

Anm. 2 sub 6a, Sintenis a. a. O. § 189 Note 19 u. die bei diesen Gen. Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 187, Bd. 11 Nr. 163. Brinz, Pand. § 171 S. 728 kommt durch eine historische Untersuchung zu der Ansicht, daß nach der Nov. 118 die Enkel gar keine Collationspflicht mehr haben; sie sei nur eine mit ihrem ursprünglichen singulären Intestaterbrecht [mit Drittelsabzug c. 9 C. de suis et leg. (6. 55) c. 19 C. de collat. (6. 20)] verbundene Last gewesen, und zugleich mit dieser Singularität weggefallen, vgl. dagegen Leist a. a. O. S. 388 Note 98. Arndt's a. a. O. S. 843 u. A. vertreten die Ansicht, die Enkel seien an Stelle ihres Parens unbedingt collationspflichtig, auch wenn die dem Parens gemachte Zuwendung nicht an sie gelangt sei. Die Mannigfaltigkeit der verschiedenen Meinungen ist mit den angeführten nicht erschöpft; eine Uebersicht giebt Fein a. a. O. S. 353, dazu Leist a. a. O., v. Vangerow a. a. O.

[1] Im Resultat übereinstimmend Fein a. a. O. S. 362, Leist a. a. O. S. 400, v. Vangerow a. a. O. sub 6b, Windscheid a. a. O. sub 4. A. M. Sintenis a. a. O. Note 20 u. A.

[2] v. Vangerow a. a. O. sub 6b a. E.

4. Rückwirkende Kraft des Erbschaftserwerbes.*

§ 44.

Bis zum Erwerb der Erbschaft gilt für sie der Satz: hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti. In der Zeit der hereditas iacens ist es noch ungewiß, ob der Erblasser einen Erben erhalten, und wer dies sein wird; deßhalb muß, wo bei der Entstehung von Rechten und Schulden für den Nachlaß individuelle Eigenschaften des Berechtigten oder des Verpflichteten in Frage kommen, die Person des Erblassers maßgebend sein. Wäre es die Person des künftigen Erben, so könnten diese Rechtsverhältnisse nicht als definitive, sondern nur als pendente zur Existenz kommen.[1]

Auf der andern Seite ist es aber auch ein praktisches Bedürfniß, daß die hereditas, als ein ex tempore mortis defuncti für den heres futurus bestimmtes Vermögen, durch die Erbfolge von dieser Zeit an Vermögen des Erben wird.[2] Alle Rechte und Schulden, die durch den Tod des Erblassers oder später für die hereditas iacens entstehen, müssen nach dem Erwerb der Erbschaft, so wie sie entstanden sind,[3] rückwärts für den Erben entstandene sein: sonst könnten aus der Herrenlosigkeit der Erbschaft in der Zwischenzeit Consequenzen abgeleitet werden, die den Rechtsschutz für und gegen den Erben in Frage stellen würden.[4] Um diese Consequenzen auszuschließen, ist erforderlich, daß der künftige Erbe

---

* Vgl. v. Savigny, System Bd. 2 § 102 Bd. 3 § 105 Note a, v. Jhering, Abhandl. aus d. röm. R. S. 158 ff., Puchta, Vorl. Bd. 2 S. 323 ff., v. Scheurl, Beitr. z. Bearb. d. röm. Rs. I S. 49 ff., Windscheid, krit. Ueberschau I. 2 S. 198 u. Pand. § 531 a. E., Koeppen, die Erbschaft S. 123 ff., Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 S. 181 ff., Bd. 11 S. 205 ff. u. Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 55 ff., Schirmer, Erbr. S. 67 ff., Arndts, Pand. § 521 Anm. 1, Oehler, die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts im gem. R. (Hallenser Doctordissertation 1881).

[1] Vgl. § 2 S. 49.

[2] l. 138 pr. D. de R. I. (50. 17). Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

[3] l. 21 § 1 D. de neg. gest. (3. 5); vgl. § 2 S. 50 Note 1.

[4] Es würde z. B. gegen die durch Beschädigung von Erbschaftssachen in der Zeit der hereditas iacens begründete actio legis Aquiliae und gegen das interdictum quod vi aut clam, welches ein opus vi aut clam ab

ſchon in der Zeit der Herrenloſigkeit der Erbſchaft nicht rechtlos gegenüber ſteht.

Das römiſche Recht beruft deshalb jeden Erben zur Succeſſion in die Erbſchaft ex tempore mortis defuncti: den nächſten wie den ſucceſſive an letzter Stelle berufenen, den pure wie den sub conditione berufenen.[1] Für den nächſten pure berufenen extraneus bewirkt die Berufung, daß er beim Tode des Erblaſſers als Delat die Erbſchaft unter der ſuspenſiven conditio iuris: si volet erwirbt. Der freiwillige Nacherbe dagegen erwirbt ſie beim Tode des Erblaſſers unter zwei conditiones iuris, die ſich nach einander erfüllen müſſen: unter der Bedingung, daß die Erbberechtigung des vorgehenden Erben erliſcht, und, wenn ſich dieſe erfüllt hat, unter der conditio iuris: si volet. Wie es ſich verhält, wenn der nächſte Erbe oder der Nacherbe unter einer conditio facti berufen iſt, ergibt ſich hieraus von ſelbſt. Iſt der berufene Erbe ein postumus, suus oder extraneus, ſo wird ihm beim Tode des Erblaſſers das Recht, die Erbſchaft zu erwerben, als ein unter der conditio iuris der lebenden

---

adversario factum vorausſetzt, der Einwand erhoben werden können, daß dem Erben zur Zeit dieſer Delicte die verletzten Rechte noch nicht zuſtanden: l. 43 D. ad leg. Aquil. (9. 2). Ob id, quod antequam hereditatem adires, damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem eius, cui heres sis, acciderit: dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur. Nam isto modo ne ab eo quidem, cui heres quis erit, transire ad eum ea actio poterit, neque ob id, quod tum commissum fuerit, cum in hostium potestate esses, agere postliminio reversus poteris: et hoc aliter constitui sine magna captione postumorum liberorum, qui parentibus heredes erunt, non poterit. Eadem dicemus et de arboribus eodem tempore furtim caesis. Puto eadem dici posse etiam de hac actione quod vi aut clam, si modo quis aut prohibitus fecerit aut apparuerit eum intelligere debuisse, ab iis, ad quos ea hereditas pertineret, si resciissent, prohibitum iri. Ebenſo würde der Erbe gegen die Klage auf eine während der hereditas iacens verfallene Conventionalſtrafe opponiren können, daß er beim Eintritt des Zahlungstages nicht Schuldner war: l. 9 D. de naut. foen. (22. 2). Si traiecticiae pecuniae poena, uti solet, promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris. Vgl. meine Erbſch. S. 137, 140 ff.

[1] Vgl. § 4 S. 78 ff.

Geburt entstandenes reservirt. Es tritt also für jeden eventuellen Erben im Moment, wo der Erblasser stirbt, ein bedingter Erwerb der Erbschaft ein. Die Erfüllung der Bedingung hat hier, wie überall, rückwirkende Kraft, weil bei jedem Rechtserwerb unter einer Suspensivbedingung der gegenwärtige, nicht der künftige Erwerb in pendenti ist.[1] Deshalb wird jeder Erbe, wann er auch die Erbschaft erwirbt, heres ex tempore mortis defuncti.[2]

Durch diese rückwirkende Kraft der erfüllten Suspensivbedingung werden niemals Rechtsverhältnisse aufgehoben, die pendente conditione nach dem Satze hereditas personam defuncti sustinet entstanden sind;[3] und ebensowenig bringt sie Rechtsverhältnisse zur Existenz, die während der hereditas iacens nicht entstehen konnten,[4] oder während derselben untergegangen sind.[5] Sie beschränkt sich auf die Rechtsverhältnisse, die während der hereditas iacens nur so begründet werden können, daß ihre Existenz oder Nichtexistenz eine durch den Erwerb der Erbschaft bedingte ist.[6] Auf Rechtsverhältnisse, die in dieser Zeit für den eventuellen Erben als unbe-

[1] l. 11 § 1 D. qui pot. in pign. (20. 4) ... cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Vgl. meine Abhandl. in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 171 ff., S. 206.

[2] l. 54 D. de A. v. O. H. (29. 2). Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Vgl. meine Abhandl. in d. Jahrb. für Dogmatik Bd. 11 S. 207 und über den Fruchterw. d. b. f. poss. S. 53, S. 55 ff. Nach der recipirten Ansicht der Sabinianer wurden aus diesem Grunde auch Stipulationen des servus hereditarius für den heres futurus als gültig erachtet, wenn sie nicht nominatim geschlossen waren: l. 28 § 4 D. de stip. serv. (45. 3). Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse ...; manifestum igitur est, servi stipulationem ei acquiri. Vgl. meine Erbsch. S. 145 ff.

[3] l. 21 § 1 D. de neg. gest. (3. 5), l. 33 § 2 D. de A. R. D. (41. 1).

[4] l. 26 D. de stip. serv. (45. 3), l. 16 D. eod.

[5] l. 16 § 1 D. quando dies leg. (36. 2).

[6] Zu ihnen zählen auch die Collationsverbindlichkeit und die Vermächtnißschulden, vgl. § 41 S. 256.

dingte entstehen, oder die von ihm erst nach dem Erbschaftserwerbe begründet werden, wie der Besitz der Erbschaftssachen, hat sie keinen Einfluß.[1] Wenn aber z. B. ein Nacherbe über erbschaftliche Gegenstände disponirt: an Erbschaftssachen Servituten oder Pfandrechte bestellt, Erbschaftsforderungen novirt, cedirt oder erläßt, so entstehen die Rechtsverhältnisse aus diesen Geschäften sofort unter der Bedingung, daß er Erbe wird; je nachdem sich die Bedingung erfüllt oder deficirt, werden sie rückwärts unbedingte oder unwirksam.[2] Derartige Dispositionen kann mit gleicher Wirkung auch der nächste Erbe treffen, soweit sie nicht für ihn eine pro herede gestio involviren.[3]

---

[1] Z. B. hinsichtlich der Forderung auf die Begräbnißkosten und hinsichtlich seiner Schuld wegen entwandter Erbschaftssachen aus der Zeit der hereditas iacens wird der Erbe nicht heres ex tempore mortis defuncti. Deshalb kann wegen derselben nicht mit der actio familiae erciscundae geklagt werden. Dagegen hinsichtlich des Eigenthums an Erbschaftssachen und folgeweise an den Früchten derselben ist der Erbe heres ex tempore mortis defuncti; deshalb kann auch wegen der vor dem Antritt gezogenen Früchte mit der actio familiae erciscundae Ersatz gefordert werden, l. 16 § 4, l. 49 D. fam. erc. (10. 2), l. 44 § 3 D. eod., vgl. § 37 S. 230 Note und S. 229 Note 5 a. E. Demgemäß sagt denn auch die l. 193 D. de R. I. (50. 17). Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.

[2] Vgl. l. 11 § 1 D. qui pot. in pign. (20. 4), l. 16 D. de solut. (46. 3), l. 8 pr. D. de per. et comm. (18. 6), l. 7 pr. D. de contr. empt. (18. 1). Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 30 Nr. 45.

[3] Die rückwirkende Kraft des Erbschaftserwerbes, wie sie in den citirten Stellen als regula iuris ausgesprochen ist, hat sehr verschiedene Auslegungen erfahren. Man hat sie auf eine Fiction zurückgeführt und dieser s. g. retrotractiven Fiction bald nur eine theoretische, bald auch eine praktische Bedeutung zugeschrieben. Es sind folgende Ansichten hervorzuheben:

1) v. Ihering a. a. O. sieht den Entstehungsgrund der regula iuris in dem theoretischen Bedürfniß, die Fortdauer der Erbschaftsrechte nach dem Tode des Erblassers durch ein untergeschobenes Rechtssubjekt von dem Widerspruch, der sonst darin liegen würde, zu befreien. Diesem Bedürfniß sei die spätere römische Jurisprudenz durch den Grundsatz hereditas personam defuncti sustinet gerecht geworden (§ 2 S. 56 Note 3); die ältere dagegen bis auf Julian durch die rückwirkende Kraft, welche sie dem Antritt des Erben beilegte. Später hätten dann manche römische Juristen der retrotractiven Fiction auch einen praktischen Einfluß zu verschaffen gesucht, indem sie zur Zeit der ruhenden Erbschaft eintretende Erwerbungen rückwärts aus

der Person des Erben aufrecht erhalten wissen wollten, wie die spätere Theorie sie nach dem Grundsatz **hereditas personam defuncti sustinet** aus der Person des Erblassers aufrecht erhielt. Diese Benutzung der retrotractiven Fiction sei aber niemals allgemein und consequent durchgeführt worden. Das habe den Eingang der neuen Fiction erleichtert. Abgesehen von einzelnen Fällen, in welchen noch einige spätere Juristen die praktisch anerkannten Consequenzen der älteren Fiction nicht aufgeben wollten, hätten die prudentes nach Julian dem Antritt der Erbschaft keine rückwirkende Kraft mehr beigelegt. Nur nominell habe sich durch die Macht der Tradition neben der neuen stets auch die alte Fiction erhalten. Die Aufnahme der l. 138 pr. D. de R. I. (50. 17) von Paulus und der l. 54 D. de A. v. O. H. (29. 2) von Florentinus durch die Redactoren der Pandekten erkläre sich aus der historisch dogmatischen Tendenz ihrer Aufgabe und aus der Schwierigkeit derselben. Gegen diese Ansicht v. Jhering's und ihre Begründung aus den Quellen richtet sich die Ausführung in meiner Erbsch. S. 131 ff. Diese gelangt aber auch zu dem Ergebniß: im heutigen Recht könne die Regel über die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts keine Anwendung mehr finden, weil sie in ihrer ursprünglichen Bedeutung in dem Satze **hereditas personam defuncti sustinet** aufgegangen sei und in ihrer analogen Ausdehnung auf die Stipulationen der Erbschaftssclaven für den **heres futurus** dem Sclavenrecht angehöre. Zu demselben Resultat kommt auch die neueste Schrift von Oehler. Die im Text aufgestellte Theorie enthalten meine Abh. in den Jahrb. f. Dogm. u. über den Fruchterw. b. b. f. poss.

2) Puchta a. a. O. stellt die beiden als Fictionen bezeichneten Principien neben einander. Die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts betrachtet er als eine nothwendige Consequenz aus der Natur der Successsion, die deshalb auch nach dem Zeugniß der späteren römischen Juristen stets neben dem Satz **hereditas personam defuncti sustinet** in Geltung geblieben sei. Die Natur der Successsion fordere, daß der Erbe unmittelbar auf den Erblasser folge. Aus diesem Grunde müsse sein Erwerb der Erbschaft, wie spät derselbe auch eintreten möge, in seiner Wirkung stets so behandelt werden, wie wenn er zur Todeszeit geschehen wäre. Die rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts bestimme daher nur die Wirkung des Erwerbes des Erbrechts, nicht die Wirkung der Erwerbungen während der **hereditas iacens**; diese würden nur nach dem in der zweiten Fiction ausgesprochenen Princip beurtheilt. Bei dieser Deduction ist außer Acht gelassen, daß nach positivem röm. Recht der Begriff der Successsion nicht die unmittelbare Nachfolge des Erben auf den Erblasser fordert. Deshalb darf die Wissenschaft nicht a priori einen Begriff der Successsion construiren, der mit dem positiven Recht in Widerspruch steht, um dann durch Fictionen das positive Recht mit diesem Begriff in Einklang zu setzen, § 2 S. 57 Note sub 1.

3) v. Scheurl a. a. O. nimmt denselben Ausgangspunkt wie Puchta und stellt wie dieser beide Fictionen neben einander, aber er gelangt zu einem

andern Resultat. Er findet den eigentlichen Sinn der retrotractiven Fiction darin, daß während des ganzen Zeitraums der hereditas iacens die erst am Ende derselben wirklich Erbe gewordene Person so betrachtet werden müsse, als hätte sie die in der Erbschaft fortdauernd zu denkende Person des Erblassers bereits in sich aufgenommen. Daran knüpft er die Folgerung, daß, wie die beiden Fictionen selbst, so auch ihre nothwendigen Consequenzen nicht mit einander unvereinbar seien, und bestimmt die Bedeutung der retrotractiven Fiction durch folgende Regel: der Erbschaftsantritt bewirkt aus der Person des Erben die Convalescenz solcher Rechtsgeschäfte, welche nach dem Satz hereditas personam defuncti sustinet bis zum Antritt als ungültig erscheinen mußten, die aber von vornherein gültig gewesen wären, wenn der Erbe schon bei ihrem Abschluß die Erbschaft erworben gehabt hätte; durch diese Fiction werden aber nicht die nach dem Satze hereditas personam defuncti sustinet bereits für die hereditas iacens erzeugten positiven Rechtswirkungen wieder aufgehoben, und durch diese Fiction convalesciren auch nicht die nach diesem Satze ungültigen letztwilligen Dispositionen zu Gunsten von Erbschaftssclaven und die von denselben für den künftigen Erben nominatim geschlossenen Stipulationen. Abgesehen von diesen beiden Modificationen der Convalescenz sei im römischen Recht überall die retrotractive Fiction zur Anwendung gekommen, wo hinsichtlich einzelner juristischer Thatsachen aus der Zeit der ruhenden Erbschaft der Satz hereditas personam defuncti sustinet zu einer entgegengesetzten Beurtheilung führen würde. Im heutigen Recht reducire sich deshalb die Beschränkung der Anwendbarkeit der retrotractiven Fiction auf Einen in der l. 21 § 1 D. de neg. gest. (3. 5) enthaltenen Fall, der mit dem Institut der Sclaverei in keinem Zusammenhang stehe und deshalb noch heute als eine Ausnahme von der durchgreifenden Geltung der retrotractiven Fiction betrachtet werden müsse. Diese Theorie v. Scheurl's nähert sich, wie er selbst bemerkt, der schon oben (S. 51 Note) erwähnten und widerlegten Ansicht v. Savigny's a. a. O.: der Satz hereditas personam defuncti sustinet könne als ein nur mit den Sclavenerwerbungen zusammenhängender überhaupt nicht mehr als ein Bestandtheil des heutigen Rechts betrachtet werden.

4) Arndts a. a. O. sieht in der rückwirkenden Kraft des Erbschaftserwerbes nur eine nothwendige Consequenz der Personeneinheit des Erblassers, der Erbschaft und des Erben, und nach Windscheid a. a. O. sah sich das römische Recht genöthigt, der Rechtsnachfolge des Erben eine andere zeitliche Beziehung zu geben, als sie in Wirklichkeit hat, und sie auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückzuübertragen, weil es ihm unnatürlich erschien, daß der Erbe die Erbschaft aus der Hand der Erbschaft selbst erwerben solle.

IV. Veräußerung der erworbenen Erbschaft.*

§ 45.

Veräußert der Erbe die erworbene Erbschaft ganz oder zu einer Quote,[1] so gelten für das Veräußerungsgeschäft, mag dies ein Kauf, eine Schenkung[2] oder ein anderes Geschäft sein, stets folgende beiden Grundsätze:

1) Die Veräußerung kann nicht mit der Wirkung der Universalsuccession erfolgen. Das Erbrecht, welches den Erben zum dominus hereditatis macht, und das erbschaftliche Vermögen mit dem seinigen zu Einem Vermögen vereinigt, ist unveräußerlich: semel heres, semper heres. Wie für den Erblasser bei seinen Lebzeiten, gilt auch für den Erben, der mit ihm eiusdem iuris et potestatis ist, der Satz: non plus est in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno.[3] Bei der Veräußerung eines Vermögens werden nach Rechtsvorschrift nur die Activa nach Abzug der Schulden veräußert. Eine Ausnahme von diesem Satze macht allein die Veräußerung einer vom Fiscus erworbenen Erbschaft; sie hat die Wirkung der Universalsuccession.[4]

2) Die Veräußerung geschieht, sofern keine andere Vereinbarung getroffen ist, mit folgender Intention: als veräußert gilt Alles, was aus der Erbfolge vom Tode des Erblassers bis zur Veräußerung an den Erben gekommen ist,[5] so daß die Parteien das

---

* D. 18. 4, C. 4. 39 de hereditate vel actione vendita. Glück, Comment. Bd. 16 S. 309 ff., Arndt's, Rechtslexik. IV. S. 24 ff., Sintenis, das gem. Civilr. Bd. 3 § 206, Avenarius, der Erbschaftskauf im römischen Recht (1877), Windscheid, Pand. § 621.

[1] Ueber die Veräußerung einer deferirten Erbschaft vgl. § 17.

[2] l. 28 D. de donat. (39. 5).

[3] l. 72 pr. D. de iure dot. (23. 3), l. 39 § 1 D. de V. S. (50. 16). Vgl. Einleit. S. 18, § 1 S. 41 ff., § 32. 33. Glück a. a. O. S. 320 ff.

[4] c. 1 C. de H. v. A. V. (4. 39), l. 54 pr. D. de H. P. (5. 3). Arndt's, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 19 S. 1–40.

[5] l. 2 § 1 D. de H. v. A. V. (18. 4). In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea quae fuit cum aditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venumdatur, videndum erit. Et verius est hoc esse servandum, quod actum est: plerumque

erhalten sollen, was sie haben würden, wenn nicht der Veräußerer, sondern der Erwerber Erbe geworden wäre.[1]

Diese beiden Grundsätze bestimmen die Rechtsverhältnisse der Parteien, abgesehen von den besonderen Rechtsverhältnissen, die durch den besonderen Inhalt des Veräußerungsgeschäfts begründet werden.

Nach dem ersten Grundsatz bleibt der Erbe das Subject der Erbschafts- und Vermächtnißschulden, und die Accrescenz wie die successive Delation von Erbschaftsquoten aus Substitutionen tritt für ihn, nicht für den Erwerber ein.[2] Es entstehen durch die Veräußerung nur zwei Forderungen: für den Erwerber eine Forderung auf die Uebertragung der erbschaftlichen Activa, und für den Erben eine Forderung auf Restitution des Werths, der zur Tilgung der Schulden erforderlich ist, um dieselben von den Activen in Abzug zu bringen. Aus dieser Forderung ist der Erwerber dem Erben verpflichtet, die Gläubiger zu befriedigen, aber den Gläubigern ist er nicht verpflichtet. Deshalb kann er ohne Schuldübernahme durch Vertrag mit den Gläubigern nicht gezwungen werden, sich auf die Klagen der Gläubiger einzulassen.[3] Die Schuldübernahme kann aber stillschweigend geschehen: hat er die Klagen übernommen, so können die Gläubiger den Erben nicht mehr in Anspruch nehmen.[4]

Aus dem zweiten Grundsatz ergeben sich die einzelnen Leistungen, zu welchen die Veräußerung die Parteien gegenseitig obligirt. Der Erbe oder eventuell der Erbeserbe muß dem Erwerber leisten, was an ihn durch die Erbfolge vom Tode

---

autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse.

[1] l. 2 pr. D. eod. . . . cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset. l. 9 D. comm. praed. (8. 4) . . . quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse. l. 2 § 9 D. h. t. (18. 4). Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

[2] l. 2 § 2 D. eod.

[3] c. 2 C. h. t. (4 39), c. 2 C. de legat. (6. 37). A. M. Gürgens in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 8 S. 263, Glück a. a. O. S. 378.

[4] c. 2 C. de pact. (2. 3). Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 22.

des Erblassers bis zur Veräußerung pure, sub conditione oder ex die gekommen,[1] oder wegen dolus oder culpa lata nicht gekommen ist,[2] sowie den Zuwachs durch Früchte oder sonstige Erträge.[3] Er muß ihm also die Erbschaftssachen tradiren;[4] er muß ihm die Erbschaftsforderungen und Erbschaftsklagen mit allen Accessionen und allen nöthigen Beweismitteln abtreten[5] oder das aus diesen Forderungen und Klagen Empfangene restituiren,[6] mit Ausnahme des indebite Empfangenen;[7] er muß ihm die durch Confusion erloschenen dinglichen Rechte und Forderungen, welche der Erblasser gegen den Erben hatte, wieder einräumen,[8] und er haftet ihm auf den Werth der absichtlich oder durch grobe Nachlässigkeit herbeigeführten Erbschaftsverminderungen, sofern er sie dem Erwerber verschwiegen hat;[9] ebenso muß er ihm, wenn er die Veräußerung von Erbschaftssachen verschwiegen hat, den empfangenen Preis,[10] oder bei unentgeltlicher Veräußerung den Werth[11] herausgeben. Dagegen für sine dolo malo eingetretene deperdita et deminuta[12] und für Veräußerungen zum Zweck der Befriedigung von Erbschaftsgläubigern oder Vermächtnißnehmern hat er keinen Ersatz zu leisten.[13]

Diese Regeln gelten für die Haftung des Erben in der Zeit vor der Veräußerung der Erbschaft. Nach derselben bestimmt die

---

[1] l. 2 § 1. 3. 4. 18 D. h. t. (18. 4), l. 17 D. eod.
[2] l. 2 § 5 D. eod.
[3] l. 2 § 4, l. 25 D. eod.
[4] l 14 § 1 D. eod.
[5] l. 2 § 3. 8 D. eod. c. 5. 9 C. h. t. (4. 39).
[6] l. 2 § 3, l. 23 § 1 D. eod.
[7] l. 2 § 7 D. eod.
[8] l. 2 § 6. 18. 19 D. eod.
[9] l. 2 § 5 D. eod.
[10] l. 2 § 3 D. eod.
[11] l. 2 § 3 i. f. D. eod.
[12] l. 2 § 5 i. f. D. eod., l. 3 D. eod.
[13] l. 2 § 3 D. eod. . . . illud tenendum est cum effectu videri pervenisse, non prima ratione: idcirco quod legatorum nomine quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse. Sed et si quis aeris alieni est vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur.

Haftung der Inhalt des Veräußerungsgeschäfts[1] und der Umstand, daß den Gegenstand der Veräußerung die Erbschaft bildet, nicht die res singulae. Deshalb haftet der Erbe nicht für einen bestimmten Betrag der Erbschaft,[2] nicht wegen Fehler oder Mängel[3] und nicht wegen Eviction einzelner Erbschaftssachen,[4] sondern nur wegen Eviction der Erbschaft durch die hereditatis petitio.[5] Ob der Erbe die ihm nach der Veräußerung accrescirende oder aus einer Substitution erworbene Erbschaftsquote zu restituiren hat, darüber entscheidet lediglich die Absicht der Contrahenten;[6] deshalb ist im Zweifel die Frage zu verneinen.[7]

Nach diesen Verpflichtungen des veräußernden Erben wird der Erwerber erst durch Tradition Eigenthümer der Erbschaftssachen,[8] erst durch Uebertragung das Subject der erbschaftlichen iura in re, und erst durch Cession der erbschaftlichen Forderungen und Klagen der Gläubiger und Kläger.[9] Er ist nur Singularsuccessor, aber er ist

---

[1] l. 21 D. eod. c. 6 C. h. t. (4. 39). Glück a. a. O. S. 339 ff., Windscheid a. a. O. Note 13.

[2] l. 14 § 1 D. eod. . . . quanta autem hereditas, nihil interest, l. 15 nisi de substantia eius affirmaverit. l. 16. Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex senatus consulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit teneberis.

[3] l. 33 pr. D. de aed. ed. (21. 1).

[4] l. 2 pr. D. h. t. (18. 4), c. 1 C. de evict. (8. 44).

[5] l. 8. 9. 13 D. h. t. (18. 4), l. 7, l. 10—12 D. eod.

[6] l. 2 § 2 D. eod. . . . si hoc actum sit.

[7] l. 34 D. de R. I. (50. 17) . . . si non pareat, quid actum est, . . . ad id, quod minimum est, redigenda summa est. Vgl. § 30. Glück a. a. O. S. 341 ff. S. 365 ff.

[8] l. 14 § 1 D. h. t. (18. 4), c. 6 C. h. t. (4. 39).

[9] Nach heutigem Recht erfolgt die Cession durch acceptirte formlose Erklärung. Mit ihr hört der Verkäufer auf, Gläubiger zu sein. Die Billigkeit fordert aber, daß der Schuldner durch seine Unkenntniß von der Cession keinen Schaden erleidet, daß er also in diesem Fall durch Zahlung an den Cedenten liberirt wird; dagegen fordert sie nicht, daß er durch seine Unkenntniß einen Gewinn macht, deßhalb wird er durch Erlaß und andere Verträge mit dem Cedenten von seiner Verbindlichkeit gegen den Cessionarius nicht befreit. Vgl. Bruns in v. Holtzendorff's Encykl. d. Rechtsw. § 64, Glück a. a. O. S. 395, und dagegen Windscheid, Pand. § 331, der annimmt, daß der Cessionsact erst durch die denunciatio cessionis des Cessionarius vollendet werde. Beim Erbschaftskauf genügt schon nach römischem

dies allein im Interesse der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer,[1] nicht im Interesse der Erbprätendenten und der Miterben. Diesen gegenüber aequissimum videtur, vicem heredis obtinere,[2] weil er emtor universitatis ist; deshalb kann nicht blos gegen ihn, sondern auch von ihm die hereditatis petitio und die actio familiae erciscundae angestellt werden,[3] während die Gläubiger ihn nicht vice heredis verklagen können, weil der Erbe ihnen ohne ihre Zustimmung keinen andern Schuldner geben darf. Die durch die Veräußerung der Erbschaft begründete Obligation, nach welcher die Parteien sich das gewähren sollen, was sie haben würden, wenn der Erwerber an Stelle des Veräußerers in die Erbschaft succedirt wäre, verpflichtet diesen nach der aequitas auch zur Abtretung der Universalklagen. Den Erwerber aber verpflichtet sie zu folgenden Leistungen an den Erben: zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer,[4] zum Ersatz dessen, was der Erbe bereits für diese Befriedigung aus seinem Vermögen aufgewandt hat,[5] zum Ersatz

---

Recht auch jede in anderer Weise erlangte Kenntniß des Schuldners von der geschehenen Cession, um das Recht des Gläubigers auszuschließen, l. ult. D. de transact. (2. 15); im Uebrigen ist über das römische Recht zu vergleichen c. 3, 4, 5, 8, 9 C. h. t. (4. 39), l. 16 D. de pact. (2. 14). Glück a. a. O. S. 385 ff., 397 ff., 422 ff.

[1] C. 2 C. h t. (4. 39).

[2] l. 2 § 18 D. h. t. (18. 4), c. 5 C. h. t. (4. 39) . . . eo iure uti debet, quo is cuius persona fungitur . . .

[3] l. 13 § 4 D. de H. P. (5. 3). Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? . . . et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem. § 8 . . ut emptor universitatis utili tenetur. § 9 Item si quis a fisco hereditatem quasi vacantem emerit, aequissimum erit utilem actionem adversus eum dari. Hiernach ist die l. 54 pr. D. eod., welche auch dem Käufer die hereditatis petitio giebt, nicht auf den Fall einer vom Fiscus gekauften Erbschaft zu beschränken; vgl. Francke, Comment. über den Pandektentitel de hereditatis petitione Abth. 2, S. 397 ff. Aus der Zulässigkeit der hereditatis petitio folgt von selbst die Zuständigkeit der actio familiae erciscundae, wie sie für den arrogatus impubes wegen der quarta divi Pii ausdrücklich anerkannt ist, obwohl er als gesetzlicher Vermächtnißnehmer die hereditatis petitio nicht hat. Vgl. § 39 u. Glück Comment. Bd. 11 S. 7.

[4] l. 2 § 9, 10, 20, l. 24 D. h. t. (18. 4), c. 2 C. h. t. (4. 39), l. 28 D. de donat. (39. 5), c. 2 C. de legat. (6. 37).

[5] l. 2 § 16, l. 18 D. h. t. (18. 4).

aller übrigen vom Erben getragenen Erbſchaftslaſten[1] wie aller für die Erbſchaft beſtrittenen Ausgaben,[2] und zur Reſtitution der durch Confuſion erloſchenen dinglichen Rechte und Forderungen, die der Erbe gegen den Erblaſſer hatte.[3] Indebita kann aber der Erbe nur erſetzt verlangen, wenn er zur Zahlung derſelben verurtheilt iſt.[4]

V. Aufhebung des Erbſchaftserwerbes.*

§ 46.

Der Erbe kann die erworbene Erbſchaft verlieren. Nach der Regel: semel heres, semper heres kann er aber nicht wieder aufhören, Erbe zu ſein.[1] Dieſe Regel iſt Geſetz für den Willen des Erblaſſers wie für den Willen des Erben und dient verſchiedenen praktiſchen Zwecken. Außer Geltung tritt ſie nur gegenüber den Vorſchriften, welche dem Erben wegen eigener Inofficioſität oder wegen Inofficioſität des Erblaſſers das Erbrecht entziehen.

1) Der Erblaſſer kann den Erbſchaftserwerb der inſtituirten Erben nicht von Reſolutivbedingungen oder Endterminen, die er der Erbeinſetzung hinzufügt, abhängig machen. Dieſe Nebenbeſtimmungen gelten pro non adiectis,[2] damit die Erbſchaft nicht zum Nachtheil der Gläubiger nachträglich noch Gegenſtand des Concurſes werden, und kein Wechſel in der Perſon ihres Schuldners ohne ihre Zuſtimmung eintreten kann. Auch Univerſalfideicommiſſe vermag der Erblaſſer im Intereſſe der Gläubiger nur mit der Wirkung an-

---

[1] l. 2 § 17 D. eod.; vgl. § 2 S. 51 Note.

[2] l. 2 § 11 D. eod.

[3] l. 2 § 15, 18, 19 D. eod. l. 9 D. commun. praed. (18. 4).

[4] l. 2 § 7 D. h. t. (18. 4).

* Glück's Comment. Bd. 42 S. 355 ff., Bd. 43 S. 117 ff., Sintenis, das gem. Civilr. Bd. 3 § 202, Puchta, Pand. u. Vorl. § 506, Arndt's, Pand. § 519, 520. Einleit. S. 18.

[1] l. 89 D. de H. I. (28. 5), l. 7 § 10 D. de minor. (4. 4), l. 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6), § 3 I. de fideic. heredit. (2. 23), l. 30 § 10 D. de fideic. libert. (40. 5).

[2] l. 34 D. de H. I. (28. 5), § 9 I. h. t. (2. 14), l. 15 § 4 D. de test. milit. (29. 1), vgl. l. 41 D. eod., c. 8 C. h. t. (6. 21).

zuordnen,[1] daß der Fiduciar der Erbe bleibt,[2] der im Fall der Repudiation des Fideicommisses,[3] oder der Restitution gegen die Agnition aus der Erbschaft haftbar ist, und dem, wenn er blos eine Erbschaftsquote erworben und restituirt hat,[4] die vacanten Erbportionen seiner Miterben accresciren. (§ 30. 32 a. E.)

2) Der Erbe, der die erworbene Erbschaft veräußert, behält zu Gunsten der Gläubiger sein Erbrecht (§ 45).

3) Der heres suus, der abstinirt, hört aus Rücksicht für die Erhaltung der letztwilligen Dispositionen des Erblassers nicht auf, dessen Erbe zu sein: non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem re[5] (§ 31).

4) Der Abstinenz steht die in integrum restitutio eines extraneus gegen den Erbschaftsantritt[6] in allen Wirkungen völlig gleich, weil auch die Abstinenz eine Restitution, und diese eine Abstinenz involvirt:[7] a) letztwillige Dispositionen, die durch die Beerbung des Erblassers bedingt sind, werden durch die Restitution nicht ungültig;[8] b) die vor der Restitution bona fide vom Erben getroffenen Dispositionen über die Erbschaft bleiben

---

[1] Vgl. l. 1 § 2, 4, l. 4 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[2] § 3 I. de fideic. hered. (2. 23).

[3] l. 2 § 9 i. f. D. ad SC. Treb. (36. 1).

[4] § 8 I. de fideic. hered. (2. 23).

[5] l. 30 § 10 D. de fideic. libert. (40. 5).

[6] Wegen Minderjährigkeit: l. 7 § 5 D. de minor. (4. 4), c. un. § 2 C. de reput. quae fiunt in iud. in integr. rest. (2. 48), c. 8 § 6 C. de bon. quae liber. (6. 61), vgl. § 11 S. 123 a. E.; wegen erzwungenen Antritts: l. 21 § 5 D. quod met. c. (6. 2), vgl. l. 57 pr. l. 89 D. de A. v. O. H. (29. 2); aber nicht wegen Irrthums über die Solvenz der Erbschaft, weil der Grund der Läsion die Versäumniß des beneficium inventarii ist, § 5. 6 I. de hered. qual. (2. 19), c. ult. pr. C. de iure delib. (6. 30). Glück a. a. O. Bd. 43 S. 117 ff. Vgl. § 8 S. 104.

[7] Sie wird deshalb auch in den Quellen als ein abstinere bezeichnet: l. 21 § 5 D. quod met. c. (4. 2) . . . per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur. l. 7 § 5 D. de minor. (4. 4), l. 7 § 10 D. eod., l. 1 § 10 D. ad SC. Tertull. (38. 17). Die Stellen, welche von den Wirkungen der Abstinenz sprechen, müssen daher auch auf die Restitution Anwendung finden und umgekehrt; Glück a. a. O. S. 133, Sintenis a. a. O. Note 19.

[8] Vgl. § 31 S. 199 Note 1. 2. Glück a. a. O. S. 141.

gültig;[1] c) im Uebrigen wird der restituirte extraneus als Repudiant behandelt:[2] seine Haftung als Erbe hört auf, die durch die Erbfolge erworbenen Rechte stehen ihm nicht mehr zu, die durch Confusion erloschenen Rechte und Schulden werden wieder hergestellt, und die vacante Erbschaft kommt durch successive Delation an die Nacherben,[3] oder durch singuläres Accrescenzrecht an die Miterben. Die Singularität besteht hier wie im Fall der Abstinenz darin, daß sie nicht gezwungen werden können, die accrescirende Portion zu übernehmen, sondern die Wahl haben, die ganze Erbschaft zu erwerben, oder den Gläubigern zu überlassen.[4] Nur durch ihre Voraussetzungen unterscheidet sich die Restitution von der Abstinenz. Sie setzt ein Decret des Richters voraus, und die Gültigkeit desselben ist noch von einer besonderen Bedingung abhängig gemacht: die Frage, ob sie nach den Umständen billig sei, soll vom Richter nicht entschieden werden, ohne die Gläubiger gehört zu haben.[5]

---

[1] Vgl. § 31 S. 199 Note 3.

[2] Nach den § 31 S. 199 u. 200 citirten Stellen.

[3] Nach Bucha a. a. O. n. A. soll die successive Delation nicht eintreten, sondern die Erbschaft bonum vacans werden, weil jene voraussetze, daß der vorgehende Erbe die Erbschaft nicht annehme; vgl. dagegen § 31 S. 200 Note 2.

[4] l. 61 D. de A. v. O. H. (29. 2). Si minor annis, posteaquam ex parte heres exstitit, in integrum restitutus est, divus Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur. Diese Stelle muß aus der l. 55 D. eod. dahin ergänzt werden: conditio coheredi defertur, ut aut totam hereditatem agnoscat aut a toto recedat, so daß der coheres sich durch Ueberlassung blos der accrescirenden Portion an die Gläubiger nur in dem Fall befreien kann, si creditores dicant se contentos esse eius portione. Durch diese Erklärung können die Gläubiger auch im Fall der Restitution sich die fortdauernde Haftung des Miterben aus seiner ursprünglichen Erbportion sichern; vgl. § 31 S. 200 Note 3. Der Sinn der l. 61 cit. ist wie der der l. 55 cit. bestritten. Nach der herrschenden Ansicht hat der Miterbe im Fall der Restitution die freie Wahl, ob er sich die Accrescenz gefallen lassen, oder sich auf seine ursprüngliche Portion beschränken will; nur im Fall der Abstinenz sollen ihm die Gläubiger dieses Wahlrecht entziehen können: vgl. v. Vangerow, Pand. § 494 Anm. sub 7, Windscheid, Pand. § 603 Note 9, Brinz, Pand. § 196 S. 827, Glück a. a. O. Bd. 43 S. 136 ff.

[5] l. 29 § 2 D. de minor. (4. 4), Nov. 119 c. 6.

5) Bei dem Erben, dem die ganze Erbschaft wegen Indignität entrissen werden kann, ist das Erbrecht, durch welches sie ihm gehört, in pendenti. Deshalb hört er durch die Ereption auf, Erbe zu sein (§ 19).[1] Ebenso verhält es sich mit dem Erbrecht aus einem testamentum inofficiosum, wenn alle pflichttheilsberechtigten Intestaterben von der portio legitima ausgeschlossen sind. Hier erwerben die instituirten Erben das Erbrecht unter der resolutiven conditio iuris, daß die zugleich neben ihnen berufenen Intestaterben das ganze Testament durch die querela inofficiosi testamenti rescindiren. Erfüllt sich diese Bedingung, so ist der Erblasser ohne Testament gestorben.[2]

Viertes Kapitel.
Vom Schutz des Erbrechts.

Petitorischer und possessorischer Schutz.*

§ 47.

Nach der Duplicität des Erbschaftserwerbes sind die Rechtsmittel zum Schutz des Erben Universal- und Singularklagen.[3]

Die Universalklagen werden unter Miterben oder unter Erbprätendenten verhandelt. Die Universalklage unter Miterben, qui controversiam sibi non faciunt hereditatis,[4] ist die § 37 ff. erörterte actio familiae erciscundae auf divisio hereditatis. Die Universalklagen unter Erbprätendenten sind nach ihrem verschiedenen Zweck petitorische und possessorische. Die petitorische Universalklage ist die hereditatis petitio zur Vindication des Erbrechts und folgeweise der Erbschaft, soweit der Beklagte sie besitzt.[5] (§ 48 ff.) Die possessorischen Universalklagen gehen auf provisorische Einweisung in den Besitz der Erbschaft: ihr Zweck ist die Erlangung

[1] Bei der Ereption einer pars hereditatis wird der Ereptor Miterbe des indignus, l. 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6) . . . qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur, nec desinet heres esse, licet res quae ita relictae sunt, auferuntur.

[2] l. 17 § 1, l. 21 § 2 D. de inoff. test. (5. 2), l. 6 § 1 D. eod. . . nam intestatum patremfamilias facit.

* Glück, Comment. Bd. 7. S. 491 ff.

[3] Vgl. Einleitung S. 19.

[4] l. 1 § 2 D. si pars hered. pet. (5. 4). S. 233 Note 6.

[5] l. 1 § 1 D. si pars hered. pet. (5. 4), l. 4. 9. 10 D. de H. P. (5. 3).

des commodum possessoris im Proceß über die hereditatis petitio und nach Beschaffenheit des Falles zugleich die Erlangung anderweitiger Vortheile. Sie beruhen auf demselben processualischen Grunde wie die Interdicte zum Schutz des Eigenthumsbesitzes.[1]

Der Besitz gehört zu den Elementen des Eigenthumserwerbes: er ist eine von den Thatsachen, durch welche das Eigenthum erworben werden kann. Von zwei Eigenthumsprätendenten hat deshalb nach dem Proceßrecht der Besitzer mehr Recht als der Nichtbesitzer, weil er durch den Beweis des Besitzes mehr für den Erwerb des streitigen Eigenthums bewiesen hat: der Nichtbesitzer, der kein Element des Eigenthumserwerbes für sich hat, muß im Petitorium die Rolle des Klägers mit dem onus probandi übernehmen, der Besitzer ist der vom Beweise befreite Beklagte und wird in seinem Besitz gegen Eigenmacht geschützt, um ihn in diesem processualischen Commodum zu schützen.[2] Der für Eigenthumsprätendenten anerkannte Satz: im Petitorium gebührt die vortheilhaftere Rolle des Beklagten der Partei, die für den Erwerb des streitigen Rechts mehr bewiesen hat, gilt auch für Erbprätendenten. Ein Erbprätendent, der einzelne Elemente der Erbenqualität für sich hat, die Verwandtschaft mit dem Erblasser oder die Erbeinsetzung in einem äußerlich fehlerfreien Testament, hat aus diesem Grunde Anspruch auf das commodum possessoris im Proceß über die hereditatis petitio. Deshalb stehen ihm gegen andere Erbprätendenten, welche Erbschaftssachen besitzen, Universalklagen auf provisorische Besitzeinweisung zu: das interdictum quorum bonorum und das s. g. remedium ex lege ultima Cod. de edicto divi Hadriani tollendo (§ 53).[3]

Neben diesen beiden Rechtsmitteln giebt es possessorische Universalklagen, deren Zweck über die Erlangung des commodum possessoris hinausgeht. Sie beziehen sich auf Fälle, wo der Erwerb der Erbschaft für den berufenen Erben aus Gründen in pen-

[1] Vgl. S. 32, Note 6.

[2] § 4 I. de interd. (4. 15), l. 1 § 3, 4 D. uti possid. (43. 17), l. 24 D. de R. V. (6. 1).

[3] § 3 I. de interd. (4. 15), l. 1 D. quor. bonor. (43. 2), c. 3 C. h. t. (8. 2), c. ult. C. de ed. div. Hadr. toll. (6. 33). Vgl. v. Jhering, Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. S. 66 ff.

denti ist, welche es rechtfertigen, ihm mit der provisorischen Besitzeinweisung auch die Verwaltung der Erbschaft und Alimente aus derselben zu gewähren. Diese Besitzeinweisungen sind: die s. g. missio ex Carboniano edicto (§ 54), die s. g. missio ventris nomine (§ 55), die s. g. missio furiosi nomine (§ 56), und die Besitzeinweisung eines sub conditione instituirten Erben (§ 57).

Die Universalklagen beschränken sich auf den Fall, wo die Parteien controversiam sibi faciunt hereditatis.[1] Gegen Personen, die res hereditatis besitzen, ohne die Erbschaft als universitas für sich zu prätendiren, hat der Erbe nur die Singularklagen aus den einzelnen verletzten Erbschaftsrechten.

I. Hereditatis petitio.*

1. Klagegrund und Klageveranlassung.

§ 48.

I. Der Klagegrund der hereditatis petitio kann das gesetzliche, das testamentarische und das fideicommissarische Erbrecht[2] eines Universal- oder Theilerben sein.[3] Darnach wird sie als h. p. ab intestato, testamentaria oder fideicommissaria, und als h. p.

[1] c. 4 C. in quib. caus. cess. l. t. p. (7. 34), l. 42 D. de H. P. (5. 3), l. 9 D. eod. Einleitung S. 19 Note 4. 6.

* D. 5. 3 de hereditatis petitione, 5. 4 si pars hereditatis petatur' 5. 5 de possessoria hereditatis petitione, 5. 6 de fideicommissaria hereditatis petitione; C. 3. 31 de petitione hereditatis. Glück, Commentar Bd. 7, S. 491 ff., Bd. 8 S. 1 ff. Arndts, Beiträge Nr. 1 und Rechtslex. Bd. 5 S. 207 ff., Zimmermann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 29 S. 212 ff., S. 454 ff. Fraucke, exeget. dogmat. Comment. über den Pandektentitel de h. p., v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 505 ff. Sintenis, gem. Civilr. Bd. 3 § 190 ff., Windscheid Pand. § 611 ff., Cohn, die Voraussetzungen der h. p., die Verpflichtungen des Beklagten und dessen Gegenansprüche. (Breslauer Inaugural-Dissertation 1883). Brinz, Pand. Bd. 3 Abth. 1 § 400 ff. (2. Aufl., 1886). Pfersche, Privatr. Abhandl. Die Eigenthumsklage. Unredlicher Besitz. Die Erbschaftsklage (1886) S. 254 ff. Lammfromm, Zur Geschichte der Erbschaftsklage. (Tübinger Inaugural-Dissertation 1887).

[2] l. 1–3 D. de H. P. (5. 3), l. 1. 2 D. de fid. h. p. (5. 6). Die h. p. possessoria des prätorischen Erben ist heute antiquirt, vgl. § 3 S. 75 Note 5.

[3] l. 1 pr. § 1 D. si pars hered. pet. (5. 4).

universalis oder partiaria bezeichnet.[1] Zum Schutz des Notherbenrechts dient eine beſondere Klage: die querela inofficiosi testamenti. Ihrer Natur nach iſt auch ſie eine hereditatis petitio ab intestato,[2] aber das geſetzliche Erbrecht, welches mit ihr verfolgt wird, entſteht ex causa inofficiosi testamenti.[3] Deshalb gelten für ſie beſondere Grundſätze, die in der Lehre vom Notherbenrecht dargeſtellt werden müſſen. Dagegen ſteht unter dem Schutz der h. p. auch das Recht des Fiscus als Succeſſor in die bona ereptoria[4] und vacantia,[5] und das Recht deſſen, an den der Fiscus eine von ihm erworbene Erbſchaft veräußert hat.[6] Bei der Veräußerung einer vom Erben erworbenen Erbſchaft hat der Erwerber zwar auch die h. p., aber, weil er kein Univerſalſucceſſor iſt, nicht aus eigenem Recht, ſondern nur durch Abtretung.[7] Stirbt der Kläger, ſo geht mit der Erbſchaft auch ſeine h. p. auf ſeine Erben über.[8]

Das Erbrecht (ius hereditarium oder hereditas[9]) gibt dem Erben und dem Univerſalſucceſſor, der heredis loco iſt, das dominium hereditatis,[10] vermöge deſſen ihm die Erbſchaft in allen ihren Beſtandtheilen gehört.[11] Demgemäß begründet es für ihn im Fall

[1] Glück a. a. O. Bd. 7 S. 492 ff., Puchta, Vorl. § 515.

[2] Vgl. Einleit. S. 6.

[3] Man bezeichnet ſie, weil ſie zugleich auf Reſciſſion dieſes Teſtaments gerichtet iſt, als h. p. qualificata und nennt im Gegenſatz zu ihr die Klage des Inteſtat- und Teſtamentserben h. p. simplex Glück a. a. O., Puchta a. a. O.

[4] Vgl. § 19 S. 156 Note 8.

[5] l. 20 § 6 d — l. 8 D. de H. P. (5. 3).

[6] l. 54 pr. D. eod

[7] Vgl. § 45 S. 283.

[8] Die mit der Delation der Erbſchaft deferirte h. p. iſt unvererblich: Paulus R. S. I. 13 B. § 4. Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur. Vgl. § 6 S. 95 Note 5.

[9] Vgl. Einleit. S. 11.

[10] l. 49 pr. D. de H. I. (28. 5) His verbis: Titius hereditatis meae dominus esto, recte institutio fit. l. 20 pr. D. de A. v O. H. (29. 2). l. 70 D. de V. S. (50. 16) . . . in universum dominium succedit . . § 7 I. de hered. qual. (2. 19) . . . ueteres heredes pro dominis appellabant.

[11] Hereditas ad eum pertinet. l. 1 D. de H. P. (5. 3), l. 71, l. 181 D. de V. S. (50. 16). Vgl. § 33 S. 207.

einer controversia de hereditate[1] eine vindicatio hereditatis.[2] Sie geht auf Anerkennung des bestrittenen Erbrechts,[3] des Universal- oder Theilerbrechts, und nach Maßgabe desselben[4] auf Restitu-

[1] Gaius IV. 17, l. 5 pr. D. de H P. (5. 3), l. 73 D. de evict. (21. 2) .. iure hereditario controversiam facere.

[2] l. 10 § 1 D. de H. P. (5. 3) ... qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem hereditatem suam esse, totam vel pro parte. l. 8 D. eod. hereditatem vindicare non prohibetur.

[3] Ihren unmittelbaren Gegenstand bildet nicht die Erbschaft, deshalb wird in den Quellen statt vindicatio hereditatis und hereditatem vindicare auch der Ausdruck vindicatio successionis und successionem vindicare gebraucht, c 4 C. qui adm. ad b. p. (4. 9), c. 2. C. de edict. succ. (6. 16), c. 5 C. comm. de succ. (6. 59), c. 4 C. in quib. caus. cess. l. t. p. (7. 34). Successio ist einerseits gleichbedeutend mit hereditas im Sinne von Erbfolge, l. 62 D. de R. I. (50. 17), andererseits, weil die Erbfolge den Erwerb des Erbrechts bewirkt, auch mit hereditas im Sinne vom Erbrecht, vermöge dessen dem Erben die Erbschaft als universitas gehört, und per universitatem alle res singulae mit dem Titel des Erblassers die seinigen werden; hereditate aliove quo iure successi, l. 3 § 2 D. de itin. act. pr. 43, 19), l. 49 D. mand. (17. 1) ... habet ex empto iure hereditario actionem; vgl. Einleit. S. 2 Note 4, S. 11. 12. Es verhält sich bei der hereditatis petitio nicht anders, als bei allen übrigen Vindicationen, bei der servitutis, bei der pignoris und auch bei der rei vindicatio, die als dominii vindicatio in den Quellen bezeichnet wird, l. 16 § 5 D. de pign. (20. 1), c. 1 C. ubi in rem (3. 19), c. 15 C. de R. V. (3. 32): das Recht, aus welchem die Vindication zusteht, bildet wie ihren Klagegrund auch ihren unmittelbaren Gegenstand; was nach diesem Recht an den Kläger restituirt werden muß, ist nur ihr mittelbarer Gegenstand, l. 4 D. de H. P. (5. 3). Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat, etiam id quod postea coepit possidere restituet. Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 49 S. 60 a. E., Bd. 15 Nr. 144. Die heute herrschende Ansicht betrachtet als den Gegenstand der h. p. die Erbschaft, nicht das Erbrecht, so Dernburg, über d. Verhältn. der h. p. und der erbschaftlichen Singularklagen (1852) S. 13 ff. Francke a. a. O. S. 2, Windscheid, Pand. § 611 Note 3; ebenso Brinz, Pand. § 400 S. 215 ff., § 402 Note 1 (2. Aufl.), er will aber als den Klagegrund der h. p. nicht ein durch den Erwerb der Erbschaft begründetes Erbrecht, sondern nur den Erwerbsgrund (causa hereditaria) d. i. die Thatsache der Universalsuccession angesehen wissen; vgl. dagegen Arndts, Beiträge S. 15 ff. u. Pand. § 531 Note 2 u. oben § 33 S. 205 ff., Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 280.

[4] l. 1 § 1 D. si pars hered. pet. (5. 4). Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo iure: et ideo sive ex asse heres sit, totam

tion[1] der universae res hereditatis,[2] die dem Erben vorenthalten werden:[3] der corpora und der iura[4] d. i. der actiones in personam, quae in hereditate sunt.[5]

Zu diesen actiones zählen auch die praestationes personales, auf welche der Erbprätendent durch seinen Eingriff in die Erbschaft obligirt wird.[6] Sie sind in der vindicatio hereditatis unter Erbprätendenten, wie in der divisio hereditatis unter Miterben, mitbegriffen als causae ex rebus hereditariis pendentes.[7] Deshalb schließt die hereditatis petitio, wie die actio familiae erciscundae,[8] eine mixta causa in sich.[9] Hinsichtlich der praestationes personales ist sie in personam, hinsichtlich der übrigen res hereditatis ist sie in rem. Gleichwohl ist auch sie wie die actio familiae erciscundae nur Eine Klage. Ihre causa petendi ist nur das Erbrecht mit der Pflicht für Jedermann, den Erben als dominus hereditatis anzuerkennen, und ihr einziger Zweck ist die restitutio der res hereditatis.[10] Nach diesem Zweck hat sie aber, wie die actio familiae erciscundae, einen doppelten Inhalt: ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones.[11]

hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas, sive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas. Paul. R. S. l. c. § 5.

[1] l. 4, l. 18 § 1, l. 19 § 2. 3 D. de H. P. (5. 3).

[2] l. 18 § 2 D. eod.

[3] l. 10 § 1 D. eod. ... sed hoc solum ei officio iudicis restituitur, quod adversarius possidet, aut totum, si ex asse sit heres, aut pro parte ex qua heres est. Lenel, Edict. perp. S. 137 ff.

[4] l. 18 § 2 D. de H. P. (5. 3) ... universas res hereditatis in hoc iudicium venire. sive iura sive corpora sint, l. 19 pr. — § 2 D. eod., l. 9 D. eod.

[5] l. 7 § 5 D. de exc. rei iud. (44. 2)... corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci. l. 19 pr., l. 20 § 4, l. 36 § 2 i. f. D. de H. P. (5. 3).

[6] l. 25 § 18 D. de H. P. (5. 3). Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

[7] Vgl. § 37 S. 223 Note 2. l. 25 § 19 D. eod ... ne res absurda sit, ut quae peti possint dividi non possint.

[8] Vgl. § 37 S. 225 Note 2.

[9] c. 7 C. de P. H. (3. 31) ... mixtae personalis actionis ... S. unten § 50.

[10] l. 35, l. 75, l. 246 § 1 D. de V. S. (50. 16), l. 20 D. de R. V. (6. 1).

[11] Vgl. § 37 S. 224 Note 5.

II. Die Klageveranlaſſung, welche die Anſtellung der h. p. ermöglicht, iſt die possessio hereditatis d. i. die factiſche Ausübung des Erbrechts.[1] Sie ſetzt einen Erbprätendenten voraus,[2] der dem Erben res hereditatis vorenthält, gleichviel ob mehrere oder blos eine.[3] Sind dies Erbſchaftsſachen, ſo heißt er corporis possessor,[4] ſind es Erbſchaftsſchulden[5] oder praestationes personales, z. B. Preiſe für verkaufte Erbſchaftsſachen[6] oder Klagen, welche durch ſeine Verwaltung res hereditatis geworden ſind,[7] ſo wird er iuris possessor genannt.[8]

Wie der Eigenthumsbeſitz und der Quaſibeſitz eines ius in re aliena, ſo kann auch die possessio hereditatis durch Occupation[9]

[1] l. 41 pr. D. de H. P. (5. 3). Si ... possessor hereditatis pauciores res possidebat, deinde aliarum quoque rerum possessionem adsumpsit, eas quoque victus restituere debebit . . l. 7 § 1 D. eod. ... si quidem possessor esset hereditatis, ... hereditatis nomine iudicium suscepturus. Der Beſitzer des Erbrechts iſt auch der Beſitzer der Erbſchaft, weil er dieſe auf Grund des Erbrechts ganz oder zu einer Quote für ſich prätendirt. Deshalb wird der Erbprätendent in den Quellen auch als Beſitzer der Erbſchaft bezeichnet, z. B. in l. 5 pr. D. de H. P. (5. 3) . . . prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere.

[2] l. 42 D. eod. Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditati petitione.

[3] l. 9 D. eod. . . . eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius . . . possidet vel rem hereditariam, l. 10 pr. licet minimam. l. 4, l. 13 § 7 D. eod.

[4] l. 13 § 13, l. 19 D. eod.

[5] l. 16 § 3 D. eod.

[6] l. 16 § 1 D. eod.

[7] l 16 § 4. 5. 7 D. eod.

[8] l. 13 § 15 D. eod. Item a debitore hereditario quasi a iuris possessore: nam et a iuris possessoribus posse hereditatem peti constat. l. 16 § 4 D. eod. . . . si is, qui pro herede possidebat, vi fuerit deiectus, peti ab eo hereditatem posse quasi a iuris possessore, quia habet interdictum unde vi, quo victus cedere debet. l. 18 pr., l. 34 § 1, l. 35 D eod.

[9] l. 1 § 1 D. si pars hered. pet. (5. 4) . . . quod possessor occupavit . . . l. 49 pr. D. de H. P. (5. 3) . . . qui res hereditarias occupaverint . . . l. 25 § 2 D. eod. . . . eos qui bona invasissent . . .

oder Tradition vel quasi[1] erworben werden. Sie iſt aber, weil ſich das Erbrecht blos an Beſtandtheilen der Erbſchaft factiſch ausüben läßt, nur an corpora oder iura hereditatis möglich, d. i. an corpora oder iura, die der Erblaſſer hinterlaſſen, oder die hereditas iacens erworben hat, mit Einſchluß der Acceſſionen ex ipsa hereditate aus der Zeit nach dem Erbſchaftsantritt;[2] und ſie iſt nur möglich aus einem titulus occupationis oder traditionis, durch welchen die Prätenſion auf die Erbſchaft als universitas erklärt werden kann. Solche Beſitztitel ſind allein die univerſellen Titel pro herede und pro possessore,[3] und die Singulartitel, aus welchen die Erbſchaft als universitas erworben iſt.[4] Wer res hereditatis aus einem anderen Titel beſitzt, iſt kein possessor

---

[1] Bei der Reſtitution der Erbſchaft an den Fideicommiſſar oder an den Käufer.

[2] l. 20 § 3 D. de H P. (5. 3). Item non solum ea quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem: nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus, non, quia personae possessoris accedunt. Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. Paul R. S. I. 13 B. § 1. l. 16 § 3 D. eod. Non solum autem a debitore defuncti, sed etiam a debitore hereditario peti hereditas potest: denique ab eo, qui negotia hereditaria gessit . . ., sed si heredis negotium gessit, nequaquam: ab heredis enim debitore peti hereditas non potest. l. 19 pr. § 1, l. 36 § 2 D. eod. Vgl. § 51 a. E.

[3] l. 9. D. eod. . . eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.

[4] l. 13 § 4 D. eod. Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem. § 8 . . . ut emptor universitatis utili tenetur. § 10 . . . si mulier hereditatem in dotem dedit, maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis utili teneri: sed et ipsam mulierem directa teneri. Dem, der die Erbſchaft titulo singulari vom vermeintlichen Erben erwirbt, ſteht gleich, wer ſie von einem ſonſtigen vermeintlichen Univerſalſucceſſor erworben hat, 13 cit. § 9. Vgl. § 45 S. 283.

hereditatis, aber der Erbe des possessor hereditatis ſuccedirt in deſſen Titel ohne Rückſicht auf ſeine eigene Meinung über die causa possessionis.[1]

Pro herede beſitzt, wer ſich ex iusta causa für den Erben hält,[2] oder zwar weiß, daß er nicht Erbe iſt, aber ex iusta causa annimmt, daß er in anderer Eigenſchaft Univerſalſucceſſor geworden ſei.[3] So der vermeintliche Inteſtaterbe, der nicht weiß, daß ihm

[1] l. 13 § 3 D. eod.; l. 13 § 11 D. eod. Die letzte Stelle ſpricht von dem Erben eines Erbſchaftskäufers, Francke a. a. O. S. 163, v. Bangerow, Pand. § 505. A. M. Fitting Arch. f. civ. Pr. Bd. 52 S. 244.

[2] l. 33 § 1 D. de usurp. et usuc. (41. 3) . . . si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit.

[3] l. 11 pr. D. de H. P. (5. 3). Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur. Et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Die richtige Interpretation dieſer beſtrittenen Stelle giebt Fitting a. a. O. S. 242 Anm. 150. Sie will nicht ſagen: auch der malae fidei possessor beſitze pro herede, wenn er behaupte, daß er Erbe ſei, wie Francke a. a. O. S. 138, v. Bangerow, Pand. § 505, Brinz, Pand. § 400 S. 224, Windſcheid Pand. § 614 Note 4, Leiſt in Glücks Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 Th. I. S. 256 ff. u. A. annehmen. Sie hat denſelben Inhalt, wie die in der vorigen Note citirte Stelle: pro herede beſitzt nicht blos, wer ſich aus einer iusta causa existimandi für den heres hält, ſondern auch, wer aus einer ſolchen causa glaubt, bonorum possessor zu ſein, und demgemäß jeder, der aus einem gerechtfertigten Grund der Meinung iſt, daß er Univerſalſucceſſor ſei. l. 20 § 13 D. eod. . . . etsi bonorum possessores se existiment vel alios successores iustos vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione l. 20 § 6a D. eod. Ob alſo Jemand Beſitzer pro herede und deshalb ein Erbprätendent iſt, qui se dicit heredem esse, l. 42 D. h. t., das hängt lediglich von ſeiner causa possessionis d. i. von der iusta causa existimandi se heredem esse ab, nicht davon, wie er zu beſitzen behauptet: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, l. 3 § 19, 20, l. 19 § 1 D. de A. v. A. P. (41. 2), l. 33 § 1 D. de usurp. (41. 3); vgl. l. 2 § 1 D. pro her. v. pro poss. (41. 5), c. 23 C. de loc. et cond. (4. 65), l. 10 D. si pars hered. pet. (5. 4). Die abweichende Anſicht ſteht überdies auch in Widerſpruch mit Gaius IV. 144, § 3 I. de interd. (4. 15), l. 1 § 9 i. f. D. si quis om. caus. (29. 4). Ueber die c. 11 C. de P. H. (3. 31) wo es heißt: dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat, vgl. § 50.

ein näherer Verwandter vorgeht, oder der Testamentserbe, der die Ungültigkeit des Testaments nicht kennt;[1] und so auch der vermeintliche Universalfideicommissar, dem die Erbschaft restituirt ist,[2] und der Fiscus, der sie irrthümlich als bona vacantia an sich genommen hat.[3] Der Besitz pro herede setzt also bona fides voraus: Besitz aus einem Putativtitel. Possessio pro herede und bonae fidei possessio hereditatis sind identische Begriffe.

Pro possessore besitzt der praedo, der weiß, daß er für seinen Besitz keinen Titel hat, also nur per mendacium behaupten kann, daß er Erbe sei, oder daß er aus einem anderen Universal- oder aus einem Singulartitel den Besitz erworben habe.[4] Der Titel pro possessore setzt daher einen malae fidei possessor voraus, der den Besitz ex iniusta causa hat,[5] weil er die Nichtigkeit

---

[1] l. 25 § 6 D. de H. P. (5. 3) . . . putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri: et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure erret.

[2] c. 1 C. de inoff. test. (3. 28) . . . perinde fideicommissarius teneatur ac si pro herede . . . possideret. l. 20 § 13 D. de H. P. (5. 3).

[3] l. 13 § 9 D. eod., c. 10 C. de inoff. test. (3. 28).

[4] l. 11 § 1 D. de H. P. (5. 3. Pro possessore vero possidet praedo, l. 12 qui interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium, l. 13 pr. nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. c. 1 C. de inoff. test. (3. 28) . . . perinde fideicommissarius teneatur ac si . . . pro possessore possideret. Auch hier ist der Titel pro possessore nicht davon abhängig gemacht, wie der Besitzer zu besitzen behauptet, sondern von dem Factum, wie er besitzt. Es heißt in l. 12 cit. nicht: qui interrogatus cur possideat respondet: quia possideo, sondern qui responsurus sit d. h. der Wahrheit gemäß antworten müßte, und in der l. 13 pr. heißt es nicht nec dicit, sondern nec possit dicere. Darnach können die Worte nec contendet — mendacium nur den oben angenommenen Sinn haben, vgl. Zimmermann a. a. O. S. 458; aus der Uebersetzung in den Basiliken (XLII 1. 12) kann man sich nicht über denselben belehren. Ueber abweichende Auslegungen vgl. die Seite 295 Note 3 citirte Literatur.

[5] l. 1 § 9 D. si quis om. c. t. (29. 4) . . . si forte quasi praedo possideat hereditatem fingens sibi aliquem titulum ab intestato possessionis. l. 25 § 5 D. de H. P. (5. 3). l. 16 § 4 D.

des Titels kennt.[1] Dieſe Kenntniß macht jeden Erwerbstitel zum titulus pro possessore und jeden Beſitzer zum praedo, auch den, der ab initio eine iusta causa adipiscendae possessionis hatte:[2] omnibus titulis hic pro possessore haerere potest.[3] Ein ſolcher praedo iſt dem Erben gegenüber auch ein Erbprätendent und folgeweiſe ein hereditatis possessor, wie der Dieb dem Eigenthümer gegenüber ein Eigenthumsprätendent und deshalb ein corporis possessor iſt.[4] Durch ſeine causa possessionis erklärt er, ut velit esse heres, wie der Dieb durch das furtum den animus domini erklärt. Seine mit dieſer causa im Widerſpruch ſtehende Behauptung, wie er beſitze, iſt ganz irrelevant nach dem Satze: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.[5]

Daſſelbe gilt von dem Beſitzer, der vicem heredis obtinet,[6] weil ein Univerſalerbprätendent an ihn titulo singulari die Erbſchaft als universitas veräußert hat: durch Nichtigkeit des Titels

eod. . . . et eum qui deiecit petitione hereditatis teneri, quia res hereditarias pro possessore possidet. l. 46 D. eod., (vgl. § 18 S. 149 sub. 10), l. 14 § 2 D. q. m. c. (4. 2), l. 6 § 5. 6, l. 22 § 1 D. de act. rer. am. (25. 2).

[1] § 3 I. de interd. (4. 15). . . Pro possessore is possidet, qui nullo iure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. l. 25 § 3 D. de H. P. (5. 3).

[2] l. 25 § 5 D. eod. . . . parvi enim refert, ab initio quis dolose in hereditate sit versatus, an postea hoc facere coepit. Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 59.

[3] l. 13 § 1 D. de H. P. (5. 3). Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iiunctus est: denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus? Et placet . . . pro possessore possidere eum, et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus etc.

[4] Vgl. Seuffert Arch. Bd. 41 Nr. 26.

[5] Ueber die verſchiedenen Gründe, auf welche die heutige Doctrin die Gleichſtellung des Beſitzers pro possessore mit dem Beſitzer pro herede zurückführt, vgl. Francke a. a. O. S. 144, v. Vangerow, Pand. § 505, Windſcheid, Pand. § 614 Note 4 a. E. und namentlich Bruns, das heut. röm. Recht § 98 a. E. in v. Holtzendorff's Rechtsencyclopädie.

[6] l. 2 § 18 D. de H. v. A. V. (18. 4); vgl. § 45 S. 283

und Kenntniß der Nichtigkeit wird auch er Beſitzer pro possessore.[1] Dagegen beſitzt er pro emptore etc. bei nichtigem Titel, wenn er in bona fide iſt, bei gültigem Titel, auch wenn er in mala fide iſt. Er kann malae fidei possessor ſein, ohne ein praedo zu ſein,[2] der re ipsa in mora iſt.[3]

Hiernach fehlt es an der Klageveranlaſſung für die h. petitio:

1) Wenn der Erbprätendent dem Erben nichts aus der Erbſchaft vorenthält.[4] Die h. p. iſt keine Präjudicialklage, mit welcher über das Erbrecht ohne possessio hereditatis geſtritten werden kann.[5] Nur der ſ. g. fictus possessor, qui liti se obtulit,[6] und

---

[1] l. 13 § 1 D. de H. P. (5. 3); vgl. Seite 297 Note 3.

[2] l. 13 § 8 D. eod. Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. Quam sententiam non puto veram: nemo enim praedo est, qui pretium numeravit: sed ut emptor universitatis utili tenetur. l. 2 § 1 D. pro empt. (41. 4).

[3] Windſcheid Pand. § 278 sub. 2.

[4] l. 13 §§ 2. 14 D. eod., l. 18 pr. D. eod.

[5] Vgl. Bruns, a. a. O. § 98, A. M. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 84 ff. Aus dem Umſtande, daß die h. p. keine Präjudicialklage iſt, läßt ſich aber nicht der Schluß ziehen, daß eine Klage auf bloße Feſtſtellung des Erbrechts überhaupt unzuläſſig ſei, Windſcheid, Pand. § 45 Note 8, § 611 Note 3 a. E. R. C. P. O. § 231. Vgl. Gaius IV § 93. 94 u. dazu Haſſe im Rhein. Muſ. Bd. 6 S. 154 ff.

[6] Qui liti se obtulit iſt derjenige, von dem der Kläger beweiſen kann, daß er ſich, obwohl er wußte, daß er nicht beſitze, doch auf die Klage eingelaſſen habe, nicht auch derjenige, der von der Behauptung, daß er beſitze, vor der Litisconteſtation zurücktritt, oder der den Gegenbeweis führen kann. Kläger habe gewußt, daß er nicht beſitze, ſei daher nicht von ihm getäuſcht: l. 13 § 13 D. de H. P. (5. 3). Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus ... scribit ex dolo eum teneri.... Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. l. 27 pr. D. de R. V. (6. 1) Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit se possidere et ideo liti se obtulit, et hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est. l. 25 D. eod. . . . sed hoc post litem contestatam; ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret, nec videtur se liti obtulisse qui discessit. l. 45 D. de H. P. (5. 3). Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur,

qui dolo desiit possidere,[1] sive dolo possessionem noluit admittere,[2] haftet aus ihr als quasi possidens. Sonſt ſetzt der Proceß über die h. p. überall einen wirklichen Beſitz voraus, durch welchen die eine oder jede Partei in das Erbrecht der anderen eingreift.[3] Deshalb kann die Klage, wenn ſich die Erbſchaft in den Händen des Gerichts befindet, nur ermöglicht werden durch einen vom Richter ex officio zu beſtellenden Sequeſter, der Namens der

---

nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit ex doli clausula tenetur . . . l. 39 D. de dolo malo (4. 3). Vgl. Francke a. a. O. S. 174 ff.

[1] Qui dolo desiit possidere iſt derjenige, der ſich vor der Litiscontestation wiſſentlich außer Stand ſetzt, die von ihm beſeſſenen Sachen zu reſtituiren, gleichviel ob er ſich des Beſitzes entäußert, oder die Sachen veräußert, vernichtet oder verzehrt, und gleichviel aus welchem Motive dies geſchieht, ob um die Anſprüche des Klägers zu vereiteln, oder um ſich der Klage zu entziehen, oder um dem Kläger einen gefährlicheren Gegner zu verſchaffen u. ſ. w.; die Motive ſind irrelevant: l. 13 § 14 D. de H. P. (5. 3). Item si quis dolo fecerit, quominus possideat, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati. Marcellus l. IV. dig. tractat, ne forte evanescat adversus eum qui desiit litis aestimatio: et magis evanescere ait, nisi petentis interest: certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit evanescere. Sed si is qui dolo desiit ante conveniatur, eum qui possidet non liberabit. l. 25 § 2 D. eod. Quod ait senatus: eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent, ita intelligendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur. l. 13 § 2 D. eod. Is autem qui restituit hereditatem teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit, id est si scit et restituit: nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere. Vgl. l. 16 § 7 D. eod. l. 25 § 7 i. f. § 8 D. eod., l. 27 § 3 D. de R. V. (6. 1) Vgl. Francke, a. a. O. S. 145 ff., S. 181 ff., S. 286 ff., S. 288 ff.

[2] l. 25 § 8 D. eod. . . . is, qui dolo fecit quominus possideret, ut possessor condemnatur, ... sive dolo desierit possidere sive dolo possesionem noluerit admittere. l. 25 § 2. 4 D. eod. Als Verwalter fremden Vermögens haftet der Erbſchaftsbeſitzer auch, wenn er wiſſentlich verſäumt, Erbſchaftsſachen zu apprehendiren, und ſie deshalb nicht zu reſtituiren vermag. Vgl. Francke a. a. O. S. 289 ff.

[3] l. 62 D. de iudic. (5. 1), l. 1 § 2 D. si pars hered. pet. (5. 4).

streitenden Erbprätendenten die Erbschaft detinirt.[1] Dadurch kommt jeder derselben als Mitbesitzer der Erbschaft in die Lage, die Rolle des Beklagten gegen eine von den andern Erbprätendenten erhobene possessorische oder petitorische Erbschaftsklage zu übernehmen, während als Kläger der aufzutreten hat, dem zunächst an der Ausantwortung der Erbschaft gelegen ist.[2]

2) Wenn und soweit der Erbprätendent corpora oder iura besitzt, die zu den res heredis, nicht zu den res hereditatis gehören, weil sie erst nach dem Antritt der Erbschaft erworben sind. Hier stehen dem Erben nur die Singularklagen zu.[3] Und auch diese cessiren selbstverständlich, wenn die corpora oder iura zu den res possessoris zählen, die der Erbprätendent zwar in Folge des Erbschaftsbesitzes, aber gleichwohl nicht für die Erbschaft, sondern für sich selbst erworben hat.[4]

3) Wenn dem Erben res hereditatis von einem Besitzer vorenthalten werden, der kein Erbprätendent ist. Hier hat der Erbe ebenfalls nur die Singularklagen,[5] mag der Besitzer ihm

---

[1] Gleichviel ob die Erbschaft versiegelt oder ein Curator für sie bestellt ist, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 112, 114. Abweichend Bd. 1 Nr. 265, Bd. 37 Nr. 233, wo angenommen ist, daß der Curator Namens der streitenden Theile die Erbschaft detinire; vgl. dagegen Bd. 13 Nr. 104, Bd. 32 Nr. 329, wo dies nicht angenommen, aber gleichwohl die Erledigung des Erbrechtsstreits zwischen verschiedenen Prätendenten für zulässig erachtet wird, wenn der Nachlaß noch in der Verwaltung des Curators steht, und gegen diese Ansicht Bd. 1 Nr. 280.

[2] Durch einen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die Ausantwortung der Erbschaft nur erfolgen, wenn die Erbprätendenten, welche sie beantragen, sich gegenseitig als Erben anerkennen, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 112, Bd. 3 Nr. 278, 279 Note, Bd. 23, Nr. 44, Bd. 27 Nr. 39.

[3] l. 36 § 2 D. de H. P. (5. 3). Si possessor hereditarium servum occiderit . . ., si postea (i. e. post aditam hereditatem) ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem. l. 16 § 3, l. 19 § 1 D. eod.; vgl. S. 294 Note 2.

[4] l. 24 D. eod. At ubi vi deiectus fuit, non debet restituere poenam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest; sic nec poena restitui debet, quam adversarius ei promisit, si ad iudicium non venerit.

[5] c. 7 C. h. t. (3. 31). Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione l. t. non summoveri nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis

blos das Erbrecht bestreiten[1] oder blos leugnen, daß die besessenen Sachen res hereditatis sind,[2] oder mag er diese Sachen aus einem Singulartitel als res singulae besitzen.[3] In dem einen wie in dem andern Fall ist er kein possessor hereditatis, der dem Erben controversiam de hereditate facit. Ebenso verhält es sich mit dem bloßen Detentor von Erbschaftssachen,[4] mit dem Curator[5] und mit dem Testamentsvollstrecker,[6] welche die Erbschaft in ihrer Obhut haben: gegen diese Personen ist die Anstellung der h. p. nur möglich, wenn sie nachträglich praedones[7] oder Besitzer pro herede[8] geworden sind.

Es entspricht den praktischen Gründen der Duplicität des Erbschaftserwerbes, daß verschiedene Klagen mit einem verschiedenen Beweisthema zum Schutz des Erben dienen, je nachdem gegen ihn eine controversia de hereditate oder de singulis rebus erhoben

---

ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit. Vgl. S. 292 Note 6.

[1] l. 42 D. h. t. (5. 3) . . . sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

[2] l. 19 § 1 D. eod.

[3] c. 4 C. in quib. caus. cess. l. t. p. (7. 34) . . . qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emptore vel donato seu alio titulo res quae hereditariae sunt vel fuerunt possident . . ., ab his successio vindicari non possit: Aus dem „possident" ergiebt sich, daß die bloße Behauptung eines Singulartitels zur Abwendung der h. p. nicht genügt. Vgl. § 50.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 41 Nr. 26, Bd. 35 Nr. 140 S. 205.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 37 Nr. 233.

[6] Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 222, 223, Bd. 41 Nr. 25; vgl. Bd. 12 Nr. 48, Bd. 18 Nr. 89. Abweichend Bd. 23 Nr. 235.

[7] l. 13 § 12 D. de H. P. (5. 3). Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam, quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet: nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse: tunc enim suo nomine teneri potest. c. 3 C. de procur. (2. 12). l. 34 § 1 D. de H. P. (5. 3). Vgl. Francke a. a. O. S. 172 ff.

[8] l. 9. 10 D. si pars hered. pet. (5. 4). Seuffert Arch. Bd. 11 N. 59.

wird: daß die h. p. nicht gegen alle unberechtigten Besitzer angestellt werden kann, sondern nur gegen Erbprätendenten,[1] deren Haftung eine verschiedene ist, je nachdem sie bonae fidei possessores, praedones oder blos malae fidei possessores sind, und je nachdem sie den Besitz titulo universali oder singulari erworben haben.[2] Und es entspricht der Sachlage, daß der Erbe gegen den malae fidei possessor die Wahl zwischen der Universal- und den Singularklagen hat,[3] vom b. f. possessor hereditatis aber zur Anstellung der Universalklage genöthigt werden kann.[4]

2. Kläger und Beklagter.*

§ 49.

I. Der Kläger für die h. p. ist nach dem Klagegrunde jeder Universalsuccessor ex asse oder pro parte, und durch Abtretung

---

[1] Vgl. Puchta, Vorl. § 515, Zimmermann, a. a. O. Bd. 29 S. 221 ff. Die Einschränkung der h. p. auf Erbprätendenten wird in der heutigen Doctrin in verschiedener Weise erklärt, vgl. v. Savigny, Syst. Bd. 5 S. 479, Arndts, Rechtslexic. Bd. 5 S. 209 ff., Francke a. a. O. S. 143, Brinz, Pand. § 400 S. 223 Note 46 (2. Aufl.).

[2] Vgl. a) l. 25 § 11 D. de H. P. (5. 3). l. 20 § 11, l. 25 § 7, l. 31 § 3, l. 38 D. eod., l. 45 D. de R. V. (6. 1). c. 10 C. de poss. (7. 22). b) l. 25 § 2 D. de H. P. (5. 3). l. 31 § 3 D. eod.; l. 16, l. 20 D. de cond. furt. (13. 1). l. 1 § 34 D. de vi (43. 16), c. 7 C. de cond. furt. (4. 7). c) l. 20 § 21, l. 40 pr. D. de H. P. (5. 3). l. 82 § 1 D. de V. O. (45. 1). d) c. 2 C. de P. H. (3. 31).

[3] l. 6 § 6 D. de act. rer. am. (25. 2). Quod si mortuo viro amoverit, non facit furtum, quia rei hereditariae nondum possessae non fit furtum: ideoque ant vindicari poterunt aut in hereditatis petitionem venient. l. 6 § 2—5, l. 22 § 1 D. eod., l. 2 § 1 D. expil. hered. (47. 19). l. 14 § 2 D. quod. met. causa (4. 2) . . . alia autem actio esse sic potest: si is cui vis admissa est decesserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore qui vim intulit possidet . . .; si annus largiretur, etiam hores in quadruplum experiri possit: ideo autem sussessoribus datur quoniam et rei habet persecutionem; vgl. l. 20 § 4 D. de H. P. (5. 3).

[4] Vgl. Einleitung S. 19 ff. u. § 49 sub II.

* Dernburg, über das Verhältniß der h. p. zu den erbschaftlichen Singularklagen (1852), Sintenis a. a. O. § 192. v. Vangerow, Pand. § 505, 508.

der Klage auch wer titulo singulari die Erbschaft als universitas erworben hat; der Beklagte ist nach der Klageveranlassung jeder Besitzer von res hereditatis, der titulo universali oder singulari die Erbschaft ganz oder zu einer Quote bona oder mala fide für sich in Anspruch nimmt[1] (§ 48).

Haben beide Parteien die possessio hereditatis, so müssen sie gegeneinander klagen: als Universalerbprätendenten jede auf Restitution dessen, was die andere von der Erbschaft besitzt,[2] als Theilerbprätendenten jede auf Restitution ihrer pars pro indiviso durch Einräumung des Mitbesitzes an dem, was die andere besitzt.[3] Klagen zwei Universalerbprätendenten gegen den possessor hereditatis, so darf auf Restitution an den prior victor nur erkannt werden gegen Caution, quod adversus alium eandem hereditatem defendit.[4] Ist die Klage von einem und gegen einen Universalerbprätendenten angestellt, so wird sie zu einer h. p. partiaria, wenn der Beklagte dem Kläger das Miterbrecht zugesteht.[5] Stehen nicht besitzende Theilerbprätendenten mehreren besitzenden gegenüber, so muß Jeder gegen Jeden auf Restitution seiner pars pro indiviso durch Einräumung des Mitbesitzes klagen.[6] Sind die besitzenden Theilerbprätendenten theils Nichterben, theils Miterben, die nicht mehr als die ihnen zukommende Quote beanspruchen, so muß der nichtbesitzende Miterbe die h. p. nur gegen die Nichterben anstellen; eventuell muß der Richter ex officio nur sie zur Herausgabe aller von ihnen besessenen res hereditatis an den Kläger verurtheilen, und der Kläger hat dann seinen Coheredes ihre Antheile

[1] Gegen Fabricius, Rhein. Mus. IV S. 115 ff., der dem Erben statt der h. p. nur die Singularklage geben will, wenn der Erblasser schon bei seinen Lebzeiten den Besitz einer Sache verloren, und wenn der Erbe den Besitz schon erworben, aber wieder verloren habe, vgl. l. 14 § 2 D. quod. met. causa (4. 2), l. 29 D. de usurp. et usuc. (41. 3), v. Vangerow a. a. O. § 505 z. A.

[2] l. § 1 D. si pars hered. pet. (5. 4), vgl. § 48 S. 291 Note 2.

[3] l. 1 § 2 D. eod. . . . et si possessor et petitor possideant hereditatem, cum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi adserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur.

[4] l. 57 D. de H. P. (5. 3).

[5] l. 8 D. si pars hered. pet. (5. 4).

[6] l. 1 § 2 D. eod.

durch Einräumung des Mitbeſitzes zu reſtituiren.[1] Haben mehrere Miterben die Erbſchaft gemeinſchaftlich zu beſtimmten Quoten in Beſitz genommen, ſo muß der, von dem ſich ſpäter zeigt, daß ihm eine größere Quote zukommt, den ihm noch fehlenden Antheil von jedem der übrigen Miterben vindiciren; erhält er aber dadurch zu viel, ſo hat der Richter durch Abrechnung die ihm gebührende Quote feſtzuſtellen.[2] Eine Theilung der Erbſchaft kann nur erlangt werden durch die actio familiae erciscundae, die vorausſetzt, daß die Parteien controversiam sibi non faciunt hereditatis;[3] bei der h. p. partiaria beſchränkt ſich das officium iudicis auf den Befehl zur Reſtitution der pars hereditatis pro indiviso.[4]

Haben von mehreren Miterben einige die Erbſchaft angetreten, während die übrigen noch deliberiren oder noch in ventre ſind, ſo können ſie nur auf die Quote Klage erheben, die ihnen gegenwärtig nach der Zahl der noch ungewiſſen Erben zukommt; die dieſen deferirten oder reſervirten Quoten können ſie erſt vindiciren, wenn und ſoweit ſie ihnen als vacante zugefallen ſind.[5] Läßt ſich wegen der ungewiſſen Zahl der Miterben proviſoriſch kein Erbtheil ermitteln, der den gewiſſen Miterben auf alle Fälle zu Theil werden muß,[6] ſo ſchließt dieſe Ungewißheit für ſie den Erbſchaftsantritt und damit die Vindication ihres Erbrechts aus. Dieſelbe Folge kann die Ungewißheit über die Exiſtenz und über den Grund der Erbberechtigung haben.[7]

Hat der gegenwärtige possessor hereditatis einen Auctor, der an ihn die Erbſchaft als universitas veräußert, oder als Univerſalfideicommiß reſtituirt hat, ſo haften beide der h. p. electiv, wenn der Auctor in bona fide war und noch aus ſeinem früheren

---

[1] l. 1 § 3 D. eod.; vgl. l. 8 D. de R. V. (6. 1).

[2] l. 1 § 4 D. si pars hered. pet. (5. 4).

[3] l. 1 § 2 i. f. D. eod.; vgl. § 38 S. 235.

[4] l. 7 D. eod.

[5] l. 2—5 D. eod.

[6] Ueber die proviſoriſchen Erbtheile der erwarteten postumi, und über die Vorausſetzungen einer proviſoriſchen Delation in andern Fällen vgl. § 9 S. 114 ff.

[7] Vgl. § 9.

Besitz bereichert ist.[1] Ist der Auctor ein fictus possessor, qui dolo desiit possidere, weil er bei der Veräußerung oder Restitution in mala fide war, so muß die h. p. zunächst gegen ihn gerichtet werden auf Wiederherbeischaffung der res hereditatis, oder im Fall des Verkaufs nach Wahl des Klägers auf das Kaufpretium,[2] eventuell auf die Litisästimation;[3] sofern sich der verus possessor zur Restitution oder zur Uebernahme der Klage bereit erklärt, cessirt der Anspruch auf die Litisästimation,[4] aber durch die Verurtheilung des fictus possessor in die Aestimation wird der wirkliche Besitzer nicht von der h. p. auf Restitution befreit.[5] Der fictus possessor, qui liti se obtulit, haftet schlechthin auf die Litisästimation, im Uebrigen verhält es sich bei ihm ebenso.[6] Stirbt der fictus possessor, qui dolo desiit possidere, vor der Erhebung der Klage, so haftet sein Erbe aus der hinterlassenen Schuld zum vollen Betrage, nicht nach den Regeln der Delictsklagen: denn der Erbschaftsbesitzer ist ein negotiorum gestor, dessen Verpflichtungen obligationes quasi ex contractu sind (§ 51.)

II. Liegen die Voraussetzungen der h. p. vor, so hat der b. f. possessor hereditatis aus universellem wie singulärem Titel ein Recht darauf, daß der Petitor nicht mit den Singularklagen, sondern mit der Universalklage gegen ihn auftritt. Zur Geltendmachung dieses Rechts steht ihm eine Einrede zu: die exceptio si (quod)

[1] l. 13 § 4—10 D. de H. P. (5. 3), l. 13 § 2, l. 16 § 7 D. eod. Vgl. § 48 S. 294 Note 4.

[2] l. 20 § 12 D. eod.

[3] l. 20 § 21 D. eod. . . . sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor aut, si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum quantum in litem esset iuratum.

[4] „nisi petentis interest" l. 13 § 14 D. eod.; l. 25 § 9 D. eod Sed utrum is solus qui possidet, fructus praestabit, an etiam is qui dolo fecit quominus possideret? Et dicendum erit, post senatus consultum ambo teneri.

[5] l. 13 § 14 D. eod. Sed si is qui dolo desiit ante conveniatur, eum qui possidet non liberabit. (§ 48 S. 299 Note 1). l. 95 § 9 D. de solut. (46. 3) . . . si tu ante conventus ex praeterito dolo praestiteris, nihil ea res possessori proderit. l. 25 § 8 D. de H. P. (5. 3) . . . si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit: et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.

[6] l. 13 § 13 D. eod. (§ 48 S. 298 Note 4.)

in ea re praeiudicium hereditati non fiat zwecks Abweiſung der Singularklage und Verweiſung des Klägers auf die h. p.[1] Singularklagen, bei denen die ſtreitige Frage, welche von den Parteien Erbe iſt, incidenter erörtert werden müßte, dürfen als causae minores nicht der h. p. als der causa maior vorausgehen.[2] Dem b. f. possessor gegenüber wäre es unbillig,[3] wenn die h. p., die ein für alle Mal den Streit der Parteien über das Erbrecht und ihre gegenſeitigen Anſprüche nach den für dieſe Klage maßgebenden Grundſätzen entſcheiden ſoll — beim b. f. possesor universitatis aus ſingulärem Titel mit den Modificationen, die ſie zu ſeinen Gunſten durch das Recht der Singularklagen erfahren müſſen[4] —, vom Petitor aufgelöſt werden könnte in die einzelnen erbſchaftlichen Vindicationen, Schuldklagen u. ſ. w. Damit würde für den Beklagten nicht blos die Beläſtigung verbunden ſein, ſich gegen dieſe Mehrzahl von Klagen in verſchiedenen Proceſſen zu vertheidigen,[5] ſondern auch die Gefahr widerſprechender Urtheile über die Erbenqualität[6] und einer gegen das Recht der h. p. ver-

[1] Gaius IV. 133 .... locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat, veluti cum singulas res petat. Vgl. Einleit. S. 20.

[2] l. 5 § 2 D. de H. P. (5. 3). l. 54 D. de iud. (5. 1); vgl. l. 18. 21 D de except. (44. 1). Francke Comment. S. 79 ff., Brinz, Pand. § 401 S. 233 (2. Aufl.).

[3] Gaius IV. 133 ... est enim iniquum per unius rei (petitionem universae hereditati praeiudicium fieri). So ergänzt Krüger die hier nicht lesbare Stelle.

[4] c. 2 C. de H. P. (3. 31) ... Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest. Emptor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure convenitur. Francke a. a. O. S. 165 ff.

[5] l. 13 § 4 D. de H. P. (5. 3) ... ne singulis iudiciis vexaretur ... Dieſe Worte beziehen ſich, wie ſich aus den voraufgehenden: an utilis in eum (sc emptorem hereditatis) petitio hereditatis deberet dari ergiebt, auf den Verklagten, nicht auf den Petitor. In den Scholien zu den Baſiliken (XLI. 1. 13 schol. 7) werden ſie irrthümlich dahin erläutert: ne verus hereditatis dominus, si singulas res vindicare cogatur, pluribus iudiciis vexaretur, — eine Erläuterung, die von Francke a. a. O. S. 152 u. A. adoptirt iſt.

[6] c. 12 pr. C. de P. H. (3. 31) ... auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi.

ſtoßenden ungünſtigeren Beurtheilung. Gegen alle dieſe Nachtheile ſoll die erwähnte exceptio den Beklagten ſchützen. Sie darf deshalb nicht auf den Fall beſchränkt werden, wo er durch die Singularklagen zu einer anderen Leiſtung genöthigt werden würde, als mit der h. p. von ihm gefordert werden kann;[1] und ſie darf auch dem Beſitzer einer einzelnen Erbſchaftsſache und dem Erbſchaftsſchuldner als iuris possessor nicht verſagt werden,[2] da die h. p. ſich auch auf res hereditatis erſtreckt, die erſt während des Proceſſes in den Beſitz des Beklagten kommen.[3] Sie wird ſogar dem Singularſucceſſor eines possessor hereditatis gegeben, der von ihm nur res singulares, nicht die Erbſchaft als universitas erworben hat, ſofern ſonſt zum Nachtheil ſeines Auctors das Recht der Univerſalklage durch das Recht der Singularklagen gebeugt werden würde. Nach dem ſ. g. SC. Iuventianum haftet der gutgläubige Erbſchaftsbeſitzer der h. p. nur ſoweit er durch ſeine Verwaltung der Erbſchaft bereichert iſt.[4] Deshalb hat der Succeſſor in singulas res gegen die Singularklage des Erben die exceptio si hereditati praeiudicium non fiat, wenn der Erbe mit der h. p. vom Auctor deſſelben wegen mangelnder Bereicherung nichts erlangen kann, der Succeſſor aber gegen den Auctor den Evictionsregreß haben würde.[5] Dieſer

---

[1] Für dieſe Beſchränkung erklären ſich: Dernburg a. a. O. S. 121, Arndts, Pand. § 534; vgl. auch Blanck in der Krit. V. J. S. Bd. 11 S. 190.

[2] A. M. Francke a. a. O. S. 92 ff.

[3] l. 18 pr, l. 41 pr. D. de H. P (5. 3).

[4] l 20 § 6 c, l. 25 § 11 D. de H. P. (5. 3).

[5] l. 25 § 17 D eod. Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi (*Hal.* in marg. licet) emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. Certe si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoveri: nam et si id quod a debitoribus exegit possessor petitori

Evictionsregreß darf den Anspruch nicht vereiteln, den der Erbschaftsbesitzer nach dem Recht der h. p. erworben hat. Demgemäß kann der Erbe auch vom gutgläubigen Erbschaftsbesitzer mit der

---

hereditatis solvit, liberari debitores Iulianus l. IV. Digestorum scribit, sive bonae fidei possessor sive praedo fuit qui debitum ab his exegerat, et ipso iure eos liberari. Diese vielbesprochene Stelle hat m. E. folgenden Inhalt: „Wenn ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer einzelne Sachen verkauft hat und durch den Preis nicht mehr bereichert ist, kann der Erbe dann diese Sachen, so lange sie nicht usucapirt sind, vom Käufer vindiciren? Steht der rei. vindicatio die exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat um deswillen nicht entgegen, weil der Erbe den Kaufpreis durch die h. p. nicht erhalten kann, obwohl der besiegte Käufer den Evictionsanspruch gegen den Verkäufer haben würde? Ich glaube, daß der Erbe die Sachen vindiciren kann, ausgenommen wenn (nisi) der Käufer den Evictionsanspruch hat." (Diese Entscheidung beruht auf folgender Erwägung: steht ihm dieser Anspruch nicht zu, weil er auf denselben verzichtet oder das mangelhafte Recht des Verkäufers gekannt hat, so hat er sich den Nachtheil der erfolgreichen Vindication selbst zuzuschreiben, steht ihm aber dieser Anspruch zu, so muß ihm derselbe zu Gunsten seines Auctors nach dem Recht der h. p. entzogen und als Ersatz dafür die Präjudicialeinrede gegen die rei vindicatio gegeben werden). „Wie aber, wenn der Verkäufer auf erfolgte litis denunciatio bereit ist, den Käufer im Vindicationsproceß zu vertreten und sein prätendirtes Erbrecht zu vertheidigen, wie wenn er selbst als Besitzer verklagt wäre? Dann hat der Verkäufer die Präjudicialeinrede aus der Person des Käufers, um den Erben mit der rei vindicatio ab- und auf die h. p. zu verweisen." (Die Entscheidung geht also dahin: nach den Rechten, welche der Erbschaftsbesitzer durch seine bona fides erworben hat, verliert der Erbe den Kaufpreis wie das Eigenthum der verkauften Sachen). „Hätte der Erbe von dem Erbschaftsbesitzer den Kaufpreis erhalten, so würde, wie gering er auch sein mochte, seiner rei vindicatio um so mehr (multo magis) eine exceptio entgegenstehen". (Die exceptio doli, weil der Erbe nicht neben dem Kaufpreis auch die gekaufte Sache fordern kann.) „Denn auch wenn der Erbschaftsbesitzer Erbschaftsschulden eingezogen und den Betrag an den Erben gezahlt hat, werden die Erbschaftsschuldner liberirt, sogar ipso iure und gleichviel ob der Erbschaftsbesitzer ein bonae fidei possessor oder ein praedo ist." — Die Stelle enthält hiernach nicht, wie man gemeint hat, eine Anwendung des Grundsatzes, daß der redliche Besitzer der Erbschaft auch indirect keinen Schaden erleiden solle; diesen Grundsatz kennt das röm. Recht nicht, l. 25 § 11—14 D. eod. Ueber die verschiedenen Auslegungen sind zu vergleichen: Windscheid, Pand. § 186 Note 16, § 612 Note 15, § 616 Note 1, Brinz, Pand. § 401 Note 19 (2. Aufl.), Francke Comment. S. 302 ff., der licet statt nisi lesen will, während Mommsen Dig. die Worte nisi — habent für ein Glossem hält, Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 191 Note 16, v.

h. p. nicht die Cession von Singularklagen gegen dessen Successor fordern, die für diesen den Evictionsregreß begründen würden.[1]

Auf Schutz gegen die bezeichneten Nachtheile und Gefahren, auf Schutz für den b. f. possessor hereditatis und auf Schutz gegen die Singularklagen beschränkt sich der Zweck der Präjudicialeinrede. Bei nach erhobener h. p. angestellten Singularklagen, wie sie die Vertheidigung des Beklagten nothwendig machen kann,[2] bei Singularklagen auf res heredis,[3] und bei Singularklagen gegen den Successor in singulas res, der gegen den Erbschaftsbesitzer, der sein Auctor ist, keinen Evictionsregreß hat,[4] findet die

Bangerow, Pand. 508 sub. I. 3, Planck Mehrh. d. Rechtsstreit. S. 213 ff., Dernburg a. a. O. S. 85 ff., Bolze, Arch. f. civ. Pr. Bd. 57 S. 267 ff., Joseph, Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 209 ff., Serafini, Nuova interpretatione del celebre framm. di Ulpiano l. 25 § 17 D. de h. p. (5. 3) (1878), der nisi in der Bedeutung von sed tamen oder nisi quod verstanden wissen will; gegen ihn Joseph in d. krit. V. J. S. Bd. 21 S. 121 ff., O. G. R. Francke, Arch. f. civ. Pr. Bd. 61 S. 299 ff.

[1] l. 16 § 7 D. de H. P. (5. 3). Idem Iulianus scribit, si quis ea causa fideicommissi restituerit hereditatem vel singu as res praestiterit, peti ab eo hereditatem posse, quia habet condictionem earum, quae sunt ex ea causa solutae, et veluti iuris possessor est; sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi solvit, peti hereditatem ab eo posse, quia repetere potest. Sed his casibus actiones suas dumtaxat eum praestaturum, cum et res extant et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare. Nach den Schlußworten setzt der Anspruch des Erben auf die Cession der condictio indebiti zweierlei voraus: daß die indebite geleisteten Sachen nicht untergegangen oder usucapirt sind (res extant), und daß der rei vindicatio des Erben nicht die Präjudicialeinrede entgegen steht, weil der Besitzer den Evictionsregreß gegen den possessor hereditatis als seinen Auctor hat (et potest — vindicare). Mißverstanden ist die Stelle von Francke a. a. O. S. 155, der in ihr ein Zeugniß findet, daß der Erbe die vom redlichen Erbschaftsbesitzer veräußerten Sachen auch im Fall eines Evictionsregresses vindiciren könne; vgl. die Literatur in der vorigen Note.

[2] l. 13 D. de except. (44. 1). Das Urtheil über die minor causa muß hier bis zur Entscheidung der maior causa ausgesetzt bleiben, während die processualische Verhandlung durch den Erbschaftsproceß nicht suspendirt wird. Der Sinn der l. 13 cit. ist nicht unbestritten, vgl. Francke, Comment. S. 88, Planck a. a. O. S. 218 ff., v. Bangerow, Pand. § 508 sub. I. 1.

[3] l. 19 § 1 D. de H. P. (5. 3).

[4] Weil er auf diesen Regreß verzichtete, oder weil er das mangelhafte Recht seines Auctors kannte, l. 10 sqq. D. de H. v. A. V. (18. 4), oder

Einrede nicht statt. Ebensowenig steht sie dem Besitzer pro possessore zu: ihm gegenüber hat der Erbe die Wahl, ob er die hereditatis petitio, oder ob er die Singularklagen anstellen will.[1] Auch bei der h. p. petitio utilis gegen den emptor universitatis und gleichstehende Singularsuccessoren, oder gegen den, dem die Erbschaft vom Besitzer als Universalvermächtniß restituirt ist, kann sie nicht vorgeschützt werden, um den Erben auf die h. p. directa gegen den Auctor zu verweisen: auch dann nicht, wenn der besiegte Successor einen Evictionsanspruch hat,[2] weil der Auctor aus dem Veräußerungsgeschäft heredem se esse praestare debet.[3] Von dieser Haftung kann sich der Auctor nicht befreien, wenn auf erfolgte Litisdenunciation seine Theilnahme am Evictionsproceß erfolglos bleibt. Könnte er wegen des Evictionsanspruchs durch die Präjudicialeinrede die actio utilis gegen den Successor ausschließen und den Erben nöthigen, mit der actio directa gegen ihn zu klagen, so würde er, wenn er in bona fide war und nicht mehr bereichert ist, den Erben in der That um sein Erbrecht bringen. Die Erbschaft kann durch die bona fides des Erbschaftsbesitzers erhebliche Verluste erleiden, insbesondere durch die bona fides des titulirten possessor universitatis — dieser hat,

---

weil die Sachen indebite geleistete Vermächtnisse sind, l. 16 § 7 D. de H. P. (5. 3).

[1] Vgl. die § 48 S. 302 Note 3 citirten Stellen und Francke a. a. O. S. 144 ff., der sich aber irrthümlich auch auf l. 49 D. de H. P. (5. 3) beruft, die von erbschaftlichen Klagen spricht, welche während des Erbschaftsstreits von einem der Litiganten gegen Dritte angestellt werden s. unten S. 313 Note 3. Dernburg a. a. O. S. 52 giebt die Präjudicialeinrede auch dem Besitzer pro possessore; er denkt dabei an den Fall, wo der Kläger nach Lage der Sache erst durch die Verhandlungen im Erbschaftsproceß ein Urtheil über bona oder mala fides des Beklagten gewinnen kann.

[2] l. 13 § 4. 8. 10 D. de H. P. (5. 3). Diese Stellen (§ 48 S. 294 Note 4) lassen darüber keinen Zweifel, daß dem Erben die unbeschränkte Wahl zwischen der actio directa und utilis zusteht, daß in demselben nicht zu suppliren ist: nisi emptores regressum ad b. f. possessorem habent, wie v. Vangerow § 508 sub. I. 3 a. E. annimmt, dessen Ansicht auch von mir bei einer früheren verfehlten Interpretation der l. 25 § 17 D. h. t. in meiner Abh. über den Fruchterwerb des b. f. possessor S. 103 adoptirt wurde.

[3] l. 13 D. de H. v. A. V. (18. 4); vgl. 45 S. 282.

weil er etiam singularum rerum iure convenitur,[1] auch usucapirte Sachen und Kaufpreise für veräußerte Sachen oder Früchte nicht zu restituiren,[2] und ist im Fall der rei vindicatio gegen seinen Successor in singulas res vor dem Evictionsregreß, wie der Besitzer titulo universali, durch die Präjudicialeinrede geschützt, — aber das Erbrecht kann dem Erben von einem Erbschaftsbesitzer durch die bona fides desselben nicht entzogen werden. Nur der Fiscus hat das Privilegium, eine fremde Erbschaft mit der Wirkung zu veräußern, daß der Empfänger Erbe wird und der berufene Erbe an Stelle seines Erbrechts eine Entschädigungsklage gegen den Fiscus mit vierjähriger Verjährungsfrist erhält.[3]

Dem Recht des Besitzers pro herede auf Anstellung der Universalklage entspricht die Pflicht, den Besitztitel zu beweisen, den dieses Recht voraussetzt, nicht blos wenn er die Präjudicialeinrede der Singularklage des Erben entgegenstellt, sondern nach den Grundsätzen über die Beweislast bei der h. p. auch wenn er mit dieser Klage belangt ist[4] (§ 50).

---

[1] Vgl. S. 306 Note 4.

[2] Einem iusto titulo possidens kann die Ersitzung und der Fruchterwerb nicht abgesprochen, und gegen ihn, wenn er die besessenen Sachen verkauft, keine Klage auf die Bereicherung begründet werden, Francke Comment. S. 165 ff. Nach c. 4 C. in quib. caus. cess. l. t. praescr. (7. 34) u. c. 7 C. de P. H. (3. 31) kann sich nur der Besitzer pro herede und pro possessore nicht auf Ersitzung berufen. Auch der Satz, nach welchem die Früchte augmenta hereditatis werden, gilt nur für einen solchen Besitzer. Das ergiebt sich aus c. 2 C. de P. H. (3. 31); sie spricht von einem Falle, wo dieser Satz bei der h. p. gegen den Erbschaftskäufer geltend gemacht, aber zurückgewiesen wurde, weil der emptor, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure convenitur. Dieser Grund schließt gegen ihn auch die h. p. auf Herausgabe des Kaufpreises aus; sie kann ebenfalls nur vom Besitzer pro herede oder pro possessore gefordert werden (§ 51 a. E.). Gegen einen gutgläubigen Besitzer iusto titulo, der fremde Sachen verkauft, giebt es keine Klage auf die Bereicherung. Dies ist jetzt zur Evidenz nachgewiesen von v. Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 230 ff.; vgl. auch v. Wächter Erörter. Heft 2 S. 100 Note 96.

[3] c. 3 C. de quadr. praeser. (7. 37). Durch diese Constitution von Justinian haben l. 13 § 9 D. de H. P. (5. 3) u. l. 5 pr. de I. F. (49. 14) ihre Geltung verloren. Francke a. a. O. S. 161 ff.

[4] c. 11 C. de P. H. (3. 31).

III. Für die rechtlichen Beziehungen des Petitors und Possessors während des Erbschaftsstreits zu dritten Personen, gegen welche der Erbschaft, oder welchen gegen die Erbschaft persönliche oder dingliche Ansprüche zustehen, gilt die Regel: es besteht kein Präjudicialverhältniß zwischen der h. p. und den Singularklagen, die für die Erbschaft oder gegen die Erbschaft begründet sind.[1] Diese Regel erleidet aber Ausnahmen; das Verhältniß gestaltet sich in verschiedener Weise nach Verschiedenheit der Singularklagen.

1) Bei den Singularklagen *gegen* die Erbschaft sind zu unterscheiden die Klagen der Erbschaftsgläubiger, der Vermächtnißnehmer und die dinglichen Klagen.

a. Die Gläubiger können schon während des Erbschaftsstreites nach ihrer Wahl jeden der beiden Litiganten belangen, den Petitor wie den Possessor, weil beide Erben zu sein behaupten; nur Klagen auf Restitution z. B. commodirter oder deponirter Sachen müssen natürlich gegen den Possessor angestellt werden. Dringen die Gläubiger mit ihrer Klage durch, so hat der verklagte Petitor, der demnächst auch im Erbschaftsproceß unterliegt, die actio negotiorum gestorum auf Ersatz gegen den siegreichen Possessor, wenn demselben der Ersatz nicht im Urtheil über die h. p. auferlegt ist; dem verklagten Possessor steht wegen dieses Ersatzes die Retentionseinrede zu oder, falls er diese bei der Restitution der Erbschaft versäumt, die actio neg. gestor. gegen den siegreichen Petitor.[2] Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Petitor der Fiscus ist: hier müssen die Klagen der Gläubiger, ne publicae causae praeiudicetur, bis zur Entscheidung des Erbschaftsstreites ausgesetzt werden.[3]

b. Die Vermächtnißnehmer können ebenfalls schon während des Erbschaftsstreites gegen den Onerirten klagen,[4] aber sie können die Leistung der Vermächtnisse nur verlangen, wenn sie Caution bestellen, daß sie, im Fall der Onerirte im Erbschaftsstreit unterliegen

---

[1] Nach *Justinian's* Entscheidung; die römischen Juristen stritten darüber, c. 12 pr. C. de P. H. (3. 31).

[2] c. 12 § 1 C. eod.; l. 4 § 1, 3 D. si cui plus (35. 3).

[3] l. 35 D. de I. F. (49. 14).

[4] c. 12 cit. pr. *A. M. Planck*, Mehrh. d. Rechtstr. S. 506, der in der citirten Stelle die Worte vel si ipse maluerit auf den Erben bezieht, vgl. dagegen *v. Vangerow*, Pand. § 508 sub III. 1.

werde, die empfangenen Geldsummen mit drei Prozent Zinsen, andere Sachen mit den gezogenen Nutzungen restituiren wollen. Wird diese Caution nicht bestellt, so muß die weitere Verfolgung des Vermächtnißrechts bis zur Entscheidung des Erbschaftsstreits ruhen.[1]

c. Dingliche Singularklagen gegen den Litiganten, der die vindicirten Sachen besitzt, sind ohne jede Beschränkung zulässig, weil durch sie der Entscheidung des Erbschaftsstreits in keiner Weise vorgegriffen wird. Selbst die h. p. kann gegen den schon mit ihr belangten possessor hereditatis gleichzeitig von einem Dritten wegen derselben Erbschaft angestellt werden; hier muß aber der Kläger, der zuerst ein siegreiches Urtheil erstreitet, wenn er die Restitution der Erbschaft fordert, Caution bestellen, daß er den verurtheilten Beklagten in dem Proceß des zweiten Klägers vertreten werde.[2]

2) Bei den Singularklagen, die die Erbschaft gegen Dritte hat, sind zu unterscheiden actiones in personam und in rem.[3]

a. Die persönlichen Klagen, auch die Delictsklagen gegen Occupanten von Erbschaftssachen, können vom verklagten possessor hereditatis während des Erbschaftsstreits angestellt werden, aber nur causa cognita: nur sofern er für einen bonae fidei possessor zu halten ist, und bei längerem Verzuge der Verlust der Klage zu befürchten steht. Hier muß im Interesse der Erbschaft ihre Anstellung möglich, und deshalb, wenn der Possessor sie unterläßt, auch dem Petitor gestattet sein; andererseits muß aber auch der Schuldner durch die Zahlung liberirt werden, wenn gleich der Possessor oder Petitor, an den sie gemacht ist, im Erbschaftsprozeß

---

[1] l. 6, l. 17 D. de H. P. (5. 3), l. 48 § 1 D. de legat. (31), l. 3 § 6—10, l. 4 pr. § 1—3 D. si cui plus (35. 3), c 9. C. de leg. (6. 37). Dernburg a. a. O. S. 107, Francke a. a. O. S. 107 ff.

[2] l. 57 D. de H. P. (5. 3).

[3] l. 49 D. eod. Si bonae fidei possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis aut (cum his *Vulg.*) qui res hereditarias occupaverint, consistere, audietur, utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant. Petitor autem hereditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit. Quid enim si possessor hereditatis negligat? quid si nihil iuris habere se sciat? Die oben folgende Auslegung dieser Stelle ist nicht unbestritten; vgl. über die verschiedenen Ansichten v. Bangerow, Pand. § 508 sub II, Francke a. a. O. S. 374 ff. und die dort Citirten.

unterliegt. Der Satz, nach welchem nur die Leistung an den wahren Erben eine solutio ist, muß außer Geltung treten, sonst würde der Schuldner der Gefahr der Doppelzahlung ausgesetzt sein. Fehlt es an den erwähnten Voraussetzungen, so steht den persönlichen Klagen bis zur Entscheidung des Erbschaftsstreits die Präjudicialeinrede entgegen.[1]

b. Anders verhält es sich mit den actiones in rem. Der Besitzer einer res hereditaria, der während des Erbschaftsstreits von einem der Litiganten mit der Vindication belangt ist und ihm die Sache restituirt hat, kann von Niemandem mehr wegen derselben Sache in Anspruch genommen werden. Deshalb steht die Anstellung der actiones in rem dem Petitor wie dem Possessor ohne causae cognitio und ohne jede Einrede zu; wer von ihnen die Sache erhält, muß sich mit seinem Gegner auseinandersetzen, wenn dieser den Erbschaftsproceß gewinnt. Der Possessor hat hier keinen Vorzug vor dem Petitor wie bei den persönlichen Klagen. Es ist daher möglich, daß beide den Besitzer der Sache mit der Vindication belangen; dann gelten dieselben Grundsätze wie bei der h. p., wenn sie gleichzeitig von zwei Personen gegen den possessor hereditatis wegen derselben Erbschaft angestellt ist.[2]

Die Veräußerung der im Streit befangenen Sachen und die Cession des eingeklagten Erbschaftsanspruchs werden durch die Anhängigkeit des Erbschaftsstreits nicht ausgeschlossen, aber auf die Proceßlage bleiben sie ohne Einfluß.[3]

3. Beweis.

§ 50.

Das Beweisthema des Klägers bildet der Klaggrund[4] und die Klageveranlassung (§ 48).

---

[1] Will der Schuldner die Entscheidung nicht abwarten, so kann er ad depositum iudiciale zahlen, l. 1 § 37 D. depos. (16. 3).

[2] l. 57 D. de R. V. (6. 1). l. 57 D. de H. P. (5. 3).

[3] R. C. P. O. § 236 ff. Auch das römische Recht kannte kein gesetzliches Veräußerungsverbot für den possessor hereditatis; die l. 5 pr. D. de H. P. (5. 3) spricht nicht von einem solchen Verbote, wie man angenommen hat, sondern von Arrestmandaten, die der Kläger, der im Begriff stand, einen Erbschaftsproceß einzuleiten, unter Umständen und causa cognita vom Prätor erwirken konnte. Vgl. Francke a. a. O. S. 18 ff.

[4] Paul. R. S. I. 13 B. 6.

I. Der Beweis des Klagegrundes ist in verschiedener Weise zu führen, je nachdem um ein Universal- oder Singularsuccessionsrecht in die Erbschaft gestritten wird, und je nachdem das Universalsuccessionsrecht directes Erbrecht, indirectes Erbrecht, oder das Recht des Fiscus auf die bona vacantia oder ereptoria ist.

Das directe Erbrecht wird bewiesen durch den Beweis der gesetzlichen oder testamentarischen Berufung und, sofern das Ableben des Erblassers in Frage steht, durch den Beweis des Todes oder der Todeserklärung.[1] Den Erbschaftsantritt hat der Kläger nur zu beweisen, wo die stillschweigende Erklärung desselben durch Anstellung der h. p.[2] nicht ausreicht, weil seine Erbeinsetzung von der Bedingung des Antritts innerhalb einer bestimmten Frist abhängig gemacht ist[3], oder weil er als Erbeserbe auftritt, bei dem der Erwerb der Erbschaft den Antritt seines Erblassers voraussetzt, wenn kein Transmissionsfall vorliegt.[4]

Der Beweis der gesetzlichen Berufung fordert den Beweis des behaupteten Verwandtschaftsverhältnisses oder der behaupteten Ehe mit dem Erblasser.[5] Der Einwand des Beklagten, ein Testament,[6] oder ein näherer Verwandter[7] schließe die Intestaterbfolge des Klägers aus, ist eine Einrede, die der Beklagte zu beweisen hat.[8] Der Beweis der testamentarischen Berufung wird ge-

[1] Vgl. S. 40 Note 1, S. 111 Note 6.

[2] Vgl. S. 95 Note 5. Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 161, Bd. 13 Nr. 268.

[3] Vgl. § 16 S. 136.

[4] Vgl. § 22 ff.

[5] Glück a. a. O. S. 510 ff., Linde, Zeitsch. f. Civ. u. Pr. Bd. 1 S. 161 ff., Sintenis, a. a. O. § 190 sub. a, Windscheid, Pand. § 615 sub 1 a. E.

[6] Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 314, Bd. 14 Nr. 148.

[7] Seuffert, Arch. Bd. 14 Nr. 149, Bd. 16 Nr. 130, 254, Bd. 20 Nr. 78, Bd. 32 Nr. 329 a. E.

[8] Es kommt hier die überhaupt für die Beweislast geltende Regel zur Anwendung: Kläger hat nur die Thatsachen zu beweisen, die an sich geeignet sind, das von ihm behauptete Recht als ein in seiner Person entstandenes erscheinen zu lassen; behauptet der Beklagte Thatsachen, welche den Schluß vom Entstehungsgrund auf die Existenz des klägerischen Rechts elidiren, sei es, daß sie dasselbe als nicht zur Existenz gelangt, oder als wieder erloschen, oder als unwirksam darstellen, so muß der Beklagte diese

führt beim öffentlichen Testament durch Production der übergebenen Testamentsurkunde oder des gerichtlichen Protokolls über die Aufnahme des letzten Willens, beim mündlichen Privattestament durch die eidliche Aussage der sieben Testamentszeugen,[1] oder durch das s. g. testamentum nuncupativum in scripturam redactum,[2]

Behauptung als eine Einrede beweisen, Wetzell, Syst. d. Civilpr. § 15 sub 1. 2. Irrige Ansichten: a. dem Kläger müsse stets der Beweis der Nächstberechtigung auferlegt werden, v. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 363; b. dem Kläger müsse dieser Beweis dann aufgelegt werden, wenn der Beklagte behaupte, daß er selbst, nicht auch wenn er behaupte, daß ein dritter der nähere Verwandte sei. Glück a. a. O., Sintenis a. a. O., Linde, a. a. O. S. 163 ff., Seuffert Bd. 1 Nr. 258, Bd. 11 Nr. 315, Bd. 27 Nr. 40, c. dem Kläger sei bei der h. p. dieser Beweis nicht aufzulegen, wohl aber wo auf Grund der Intestaterbfolge eine erbschaftliche Forderung durch Singularklage geltend gemacht werde, Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 305, Bd. 16 Nr. 130, Bd. 28 Nr. 38, Bd. 38 Nr. 236 u. dagegen Bd. 16 Nr. 254, Bd. 20 Nr. 78; d. die Behauptung des Beklagten, ein Dritter gehe als der nähere Verwandte dem Kläger vor, sei eine unzulässige exceptio de iure tertii, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 258 und dagegen Bd. 14 Nr. 149 a. E., e. der Beklagte habe bei der Behauptung, ein Dritter sei der nähere Verwandte, nicht blos dies, sondern zugleich zu beweisen, daß derselbe die Erbschaft erworben habe, Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 316 und dagegen Bd. 8 Nr. 156, Bd. 16 Nr. 130 a. E.

[1] Nach c. 32 C. de fideic. (6. 42) und c. 31 C. de testam. (6. 23) (vgl. l. 21 § 2 D. de testam. (28. 1) sollen nicht blos zwei, sondern sieben Testamentszeugen zugezogen werden, um durch die größere Zahl der Zeugen eine größere Bürgschaft für die Glaubwürdigkeit des mündlichen Testaments zu geben. Die Ansicht: zur Errichtung des Testaments seien sieben Zeugen erforderlich, aber der Beweis seiner Existenz könne durch zwei Zeugen geführt werden, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 359, Bd. 33 Nr. 46, ist daher zu verwerfen, Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 154, Bd. 33 Nr. 45, Glück a. a. O. S. 504, Sintenis a. a. O. Anm. 8 sub 4. Der § 14 Ziff. 2 des E. G. zur R. C. P. O. berührt die Vorschrift des röm. Rechts wegen des Grundes, auf dem sie beruht, nicht, vgl. Windscheid, Pand. § 615 Note 10. A. M. Mandry, der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze § 27 Note 39.

[2] Dies ist nach der Notariatsordn. von 1512 Tit. II § 5 eine notarielle Urkunde, die bei der Errichtung des Testaments über den mündlich erklärten Willen aufgenommen und dem Testator und den Zeugen, bevor sie auseinandergegangen sind, vorgelesen worden ist. Der Beweis durch anderweitige Urkunden muß als ausgeschlossen erachtet werden, weil es an einer Rechtsvorschrift fehlt, die denselben neben dem Beweise durch die sieben Zeugen für zulässig erklärt, A. M. Windscheid, Pand. § 615 Note 11:

und beim ſchriftlichen Privatteſtament durch Vorlegung der Teſtamentsurkunde. Beſtreitet hier der Beklagte die Aechtheit der Unterſchrift des Teſtators oder der subscriptio und signatio testium, oder beim testamentum holographum[1] die Aechtheit der Schrift, ſo trifft die Beweislaſt den Kläger;[2] behauptet er aber anderweitige Gründe der Ungültigkeit des Teſtaments, den Mangel der unitas actus, der testamenti factio des Erblaſſers oder der Zeugen, die Exiſtenz eines jüngeren Teſtaments u. ſ. w., ſo ſind dieſe Behauptungen Einreden, deren Beweis dem Beklagten obliegt.[3] Iſt nach dem Tode des Teſtators die Teſtamentsurkunde zerſtört oder abhanden gekommen, ſo können die Solennitäten wie der Inhalt in jeder andern proceſſualiſch zuläſſigen Weiſe vom Kläger bewieſen werden; iſt dies ſchon vor dem Tode des Erblaſſers geſchehen, ſo muß der Kläger auch beweiſen, daß es ohne Wiſſen und Willen des Erblaſſers geſchah, ſonſt würde derſelbe ohne Teſtament geſtorben ſein.[4]

---

er will auch den Beweis durch eine von den Zeugen unterzeichnete Urkunde zulaſſen, (vgl. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95, sub 8 a. E.), aber nicht auch, wie Glück, Comment. Bd. 35 S. 7, durch eine vom Notar unter Zuziehung von zwei Zeugen verfertigte Urkunde, oder durch eine vom Teſtator ſelbſt aufgeſetzte und den Zeugen vorgelegte Urkunde, oder durch eine öffentliche Urkunde, in welcher bei Lebzeiten des Teſtators die Ausſagen der Zeugen in perpetuam rei memoriam gebracht worden ſind; vgl. Sintenis a. a. O. § 190 Anm. 8 sub 4. Der Beweis des mündlichen Teſtaments läßt ſich nur ſicher ſtellen durch eine zahlreiche Zuziehung von Zeugen, bei der zu erwarten ſteht, daß wenigſtens ſieben von ihnen den Teſtator überleben werden, oder durch das testamentum in scripturam redactum.

[1] c. 28 § 1 C. de testam. (6. 23).

[2] Er kann den Beweis der Aechtheit durch Recognition der Teſtamentszeugen, aber auch durch andere Beweismittel führen: durch andere Zeugen oder Urkunden, durch Schriftvergleichung oder Eidesdelation. l. 4—7 D. test. quemadm. aper. (29. 3), c. 20 C. de fide instrum. (4. 21), Nov. 73 c. 7. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 3, Bd. 11 Nr. 256, Bd. 14 Nr. 148. Sintenis a. a. O. § 190 Anm. 8 sub 1. 2.

[3] c. 11 C. de prob. (4. 19), c. 5 C. de codic. (6. 36), vgl. l. 22 D. de prob. (22. 3), Seuffert Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 8 a. E. A. M. Glück a. a. O. Bd. 7 S. 509 ff.

[4] l. 1 § 3 l. 4 D. de his quae in test. del. (28. 4), l. 10 § 2 D. test. qu. aper. (29. 3), l. un. D. si tab. test. ext. (37. 2), l. 1 § 3 § 10 D. de b. p. s. t. (37. 11), c. 30 C. de test. (6. 23), l. 1 § 8 D. si tab.

Das indirecte Erbrecht wird bewiesen durch den Beweis der Berufung des Universalfideicommissars im Testament, Codizill oder s. g. Oralfideicommiß, und durch den Beweis der Restitution der Erbschaft.[1]

Bei der Vindication der bona vacantia und ereptoria durch den Fiscus beschränkt sich das Beweisthema auf den Beweis der Erbloſigkeit des Nachlasses[2] bez. des Indignitätsgrundes,[3] und von dem Nachfolger, an den der Fiscus die Erbschaft veräußert hat, ist nur das Veräußerungsgeschäft zu beweisen.[4] Wer aber die Erbschaft vom Erben durch Veräußerung erworben hat, muß die Universalsuccession seines Auctors beweisen und das Veräußerungsgeschäft, durch welches ihm die h. p. abgetreten ist.[5]

II. Der Beweis der Klagveranlassung fordert den Beweis, daß der Beklagte corpora oder iura besitzt,[6] die res hereditatis sind,[7] aber nicht auch den Beweis, daß er sie aus dem Titel pro herede oder pro possessore besitzt.[8]

Der nächste Zweck der h. p. ist ein Erkenntniß über das streitige Erbrecht;[9] die Feststellung der einzelnen res hereditatis, die der Beklagte herauszugeben hat, ist erst Sache der Liquidationsinstanz.[10]

---

test. null. ext (38. 6). Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 359, Bd. 13 Nr. 154, Bd. 15 Nr. 138. Sintenis a. a. O. § 190 Anm. 8 sub 3.

[1] Glück a. a. O. Bd. 8 S. 23 ff.

[2] c. 1. 4 C. de bon. vac. (10. 10). Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 275.

[3] Vgl. § 18, 19.

[4] Vgl. § 49 S. 311 Note 3.

[5] Vgl. § 45 S. 282 ff.

[6] Seuffert, Arch. Bd. 14 Nr. 147, Bd. 16 Nr. 128, Bd. 25 Nr. 248.

[7] Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 93, Bd. 25 Nr. 248.

[8] Die herrschende Doctrin legt ihm auch diesen Beweis auf, Windscheid, Pand. § 615 Note 14; S. dagegen unten sub IV u. vgl. Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 234, Bd. 16 Nr. 127, 128, Bd. 23 Nr. 235.

[9] Auch nach röm. Recht wurde zuerst das Urtheil: hereditatem actoris esse, totam vel pro parte, für sich ausgesprochen und dadurch die exceptio rei iudicatae gegen fernere Bestreitung des Erbrechts von Seiten derselben Partei begründet; sofern dann der Beklagte den Kläger nicht freiwillig befriedigte, folgte, wie bei andern actiones arbitrariae, der Restitutionsbefehl und diesem die Condemnation, l. 9 pr. l. 15 D. de exc. rei iud. (44. 2), l. 57 D. de H. P. (5. 3), c. 12 § 1 a § 1 c. C. h. t. (3. 31), Stahl, Rechtsphil. II. 1 S. 506. Vgl. v. Savigny, Syst. Bd. 5 S. 119 ff. S. 145.

[10] Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 49.

Es gehört zwar zur Substantiirung der h. p. die Behauptung, daß der Beklagte corpora oder iura hereditaria besitze, aber es bedarf dazu keiner vollständigen Verzeichnung derselben, die dem Kläger nur in den seltensten Fällen möglich sein würde. Es genügt, wenn er in der Klage entweder eine oder einige res hereditatis namhaft macht und daneben rücksichtlich anderer voraussichtlich im Besitz des Beklagten befindlichen Erbschaftssachen den Manifestationseid fordert, oder wenn er nur im Allgemeinen anführt, der Beklagte besitze Erbschaftssachen, und dann unter Berufung auf dessen Aufenthalt im Sterbehause zur Specification derselben von jenem Eide Gebrauch macht.[1] Deshalb kommt auch nichts darauf an, ob der Beklagte den Besitz schon zur Zeit der Klageerhebung hatte, oder ihn erst nach derselben, wenn nur vor dem Endurtheil, erhalten hat.[2] Führt das auf den nächsten Zweck der h. p. gerichtete Verfahren zu einem condemnatorischen Erkenntniß, so enthält dasselbe wegen der Universalität der Klage die Verurtheilung des Beklagten, sämmtliche res hereditatis zu restituiren, die sich in seinem Besitze befinden,[3] sie in einem Verzeichnisse zu

[1] Vgl. Wetzell, Syst. d. Civilpr. § 28 S. 299 ff. (3. Aufl.), Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 126 u. die Ausführung über die Begründung der h. p. von Zimmermann a. a. O. S. 462 ff. Die Forderung des Manifestationseides hat bei der h. p. wie bei der act. fam. erc. ihre Quelle in der gemeinrechtlichen Praxis und bei beiden Klagen gleiche Voraussetzungen, vgl. § 40 S. 243 Note 3, Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 62, Bd. 12 Nr. 345. 346, Bd. 35 Nr. 171. Bestritten ist die Frage, ob die Edition des eidlich zu erhärtenden Nachlaßinventars nur in Verbindung mit der h. p. oder durch eine selbständige Klage gefordert werden kann? Dagegen Wetzell a. a. O., Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 345, Bd. 39 Nr. 317, dafür auf Grund der R. C. P. O. Seuffert Arch. Bd. 40 Nr. 31, 123; vgl. auch Bd. 34 Nr. 248.

[2] Zimmermann a. a. O. S. 470 ff. Seuffert Arch. Bd. 11 Nr. 59, Bd. 12 Nr. 49 (S. 61), Bd. 18 Nr. 95, Bd. 35 Nr. 140.

[3] l. 4 D. de H. P. (5. 3). Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat, etiam id quod postea coepit possidere restituet. l. 41 pr. D. eod. Si quo tempore conveniebatur possessor hereditatis pauciores res possidebat, deinde aliarum quoque rerum possessionum assumsit, eas quoque victus restituere debebit, sive ante acceptum iudicium sive postea acquisierit possessionem. L. 18 § 1 D. eod. Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei

specificiren[1] und den Manifestationseid abzuleisten,[2] wogegen dem Kläger wiederum der Defekten-Beweis nachgelassen wird.[3] Auf Grund dieser Verurtheilung hat der Beklagte in der nun folgenden Liquidationsinstanz sich auf alle Behauptungen einzulassen, die der Kläger in Betreff der einzelnen beanspruchten corpora oder iura aufstellt, und zu erklären, ob er den Besitz derselben leugnet, ob er leugnet, daß sie res hereditatis seien, oder daß er sie pro herede oder pro possessore besitze. Dann erfolgt das richterliche Urtheil über alle einzelnen dem Streit unterlegenen Punkte, bis endlich festgestellt ist, welche corpora oder iura als res hereditatis herauszugeben sind.[4]

I. Räumt der Beklagte ein, daß er die vom Kläger bezeichneten corpora oder iura als Erbprätendent besitze, so ist schon durch den Beweis des klägerischen Erbrechts seine Verbindlichkeit zur Restitution bewiesen. Er besitzt hier aus keinem andern Grunde, als weil er selbst Erbe oder heredis loco zu sein behauptet, deshalb streiten die Parteien lediglich über den Klagegrund, nicht über die Klagenveranlassung.[5] Nur sofern der Kläger die besonderen Folgen der possessio pro possessore geltend machen will, kommen noch die Grundsätze über den Beweis des Titels in Frage (sub IV).

II. Leugnet der Beklagte den Besitz der bezeichneten corpora, so muß der Kläger den Besitz beweisen, oder daß der Beklagte fictus possessor ist.[6] Beweist er, daß der Beklagte den Besitz wider

---

neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hereditatis videatur teneri? Et Celsus l. IV. Dig. recte scribit hunc condemnandum, licet initio nihil possedit.

[1] Schließt die längere Aussetzung der Inventarisirung für den Kläger die Gefahr in sich, daß ihm die vollständige Realisirung seines Rechts in bedenklicher Weise erschwert wird, so kann sie schon während des Erbschaftsprocesses gefordert werden, Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 51.

[2] Ueber die Eidesformel vgl. Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 346 a. E., Bd. 35 Nr. 172.

[3] Zimmermann a. a. O. S. 463 ff. — Die Vorschriften der R.-C.-P.-O. über den Offenbarungseid finden auf die Ableistung von Manifestationseiden in Nachlaßsachen keine Anwendung, vgl. E.-G. § 16 Nr. 3.

[4] Zimmermann a. a. O. S. 472.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 14 Nr. 147.

[6] l. 36 D. de R. V. (6. 1). l. 27 pr. D. eod. Vgl. § 48 S. 298 Note 1, S. 299 Note 1.

beſſeres Wiſſen leugne, ſo hat er den Beweis ſeines Erbrechts nicht mehr zu führen: der Beklagte muß ihm ohne Weiteres die corpora herausgeben und ſelbſt als Kläger auftreten.[1]

III. Behauptet der Beklagte, daß die bezeichneten corpora oder iura keine res hereditatis ſeien, ohne ſie aus einem Singulartitel für ſich in Anſpruch zu nehmen, ſo kommt hinſichtlich der corpora in Betracht, ob der Erblaſſer ſie bei ſeinem Tode noch in ſeiner Poteſtas hatte, oder ob ſie ſchon bei ſeinen Lebzeiten aus ſeinem Beſitze gekommen ſind, hinſichtlich der iura aber, d. i. der actiones in personam,[2] ob ſie ſchon für den Erblaſſer begründet waren, oder erſt während der hereditas iacens als praestationes personales durch den Beſitz des Beklagten entſtanden ſind.

1) Bilden den Gegenſtand der h. p. aus der Erbſchaft occupirte corpora, die der Erblaſſer bei ſeinem Tode als Beſitzer oder Detentor in ſeiner Poteſtas hatte, ſo iſt vom Erben, wenn der Erbſchaftsbeſitzer beſtreitet, daß ſie res hereditatis ſeien, nur das Corpus zur Todeszeit und die causa possessionis zu beweiſen, aus welcher ſie in bonis oder ex bonis defuncti waren[3]: dann kommen ſie ſämmtlich in petitionem und folgeweiſe in restitutionem hereditatis, auch die, welche der Erblaſſer ex iniusta causa inne hatte.[4] Da

---

[1] l. 80 D. de R. V. (6. 1).

[2] Vgl. § 48 S. 292 Note 4, 5, 6.

[3] Vgl. l 2 § 22 D. vi bon. rapt. (47. 8), ſ. S. 323 Note 1.

[4] l. 18 § 2 D. de H. P. (5. 3). Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitionem; et placuit, universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive iura sive corpora sint, l. 19 pr. et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui. § 2. Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem . . . immo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine, Idemque erit et in praedone, licet hic propter culpam non teneatur: quia nec hic debet has res retinere. Hier iſt in praedone auf den Erblaſſer zu beziehen, der Sachen iniuste in Beſitz genommen hatte; auch dieſe muß der possessor pro herede oder pro possessore

Besitz und Detention des Erblassers mit seinem Tode untergehen,[1] so bedarf der Erbe bis zum Antritt gegen die Aneignung erbschaftlicher Sachen durch Erbprätendenten eines besonderen Schutzes, der die Gefahren ausschließt, denen er bei Anstellung der Singularklagen wegen des Beweises des dinglichen Rechts, und hinsichtlich der fremden Sachen wegen seiner Haftung für dieselben ausgesetzt sein würde. Diesen Schutz gewährt ihm das Erbrecht, vermöge dessen er vom Tode des Erblassers an[2] dessen Stelle als dominus hereditatis einnehmen[3] und nicht blos eiusdem iuris, sondern auch eiusdem potestatis werden soll,[4] wie wenn er una persona mit dem Erblasser wäre.[5] Deshalb schließt das Erbrecht auch das Recht auf das ungestörte Verbleiben der corpora hereditatis in der Masse in sich.[6] Wer sich aus der liegenden Erbschaft Sachen pro herede oder pro possessore aneignet,[7] greift nicht blos in die einzelnen Erbschaftsrechte, sondern auch in das dominium hereditatis des Erben ein und begründet für diesen gegen sich die h. p., in welche als vindicatio hereditatis die universae res hereditatis kommen:[8] also auch alle corpora, die nach der causa possessionis in bonis defuncti waren, oder doch ex bonis defuncti, weil der Erblasser sie in seiner Potestas und an dieser ein vermögensrechtliches Interesse hatte. Deshalb dient hier die Universalklage zur Verfolgung eines Anspruchs, der durch den Eingriff des Occupanten für den Erben neu entstanden ist. Sie ersetzt die Singularklagen nicht blos

herausgeben, aber er haftet nicht propter culpam auf Ersatz des Interesses, weil das Interesse des Erben wegen solcher Sachen kein rechtlich anerkanntes ist; vgl. Ubbelohde in d. Jahrb. f. Dogm. Bd. 17 S. 430 ff.

[1] Vgl. § 1 S. 32 Note 5.

[2] Vgl. § 4 S. 78 ff.

[3] l. 22 D. de usurp. et usuc. (41. 3). Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur.

[4] l. 59 D. de R. I. (50. 17), l. 215 D. de V. S. (50. 16).

[5] Nov. 48 pr. Einleit. S. 13 Note 4. 5.

[6] Dies ungestörte Verbleiben in der Masse ist auch die Bedingung für die Fortdauer der hinterlassenen conditiones usucapiendi, l. 40 § 1 D. de A. v. A. P. (41. 2) . . si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

[7] l. 14. 15 D. de H. P. (5. 3) . . . qui ante aditam hereditatem . . . aliquam rem hereditariam subripuerit.

[8] Vgl. § 48 S. 291 Note 2 ff.

da, wo sie fehlen, weil der Erblasser nur Detentor war, sondern auch soweit sie existiren, und das Beweisthema des Erben bestimmt sich lediglich nach der Beschaffenheit seines neu entstandenen Anspruchs. Weil er durch sein Erbrecht auch eiusdem potestatis wie der Erblasser werden soll, hat er neben dem Erbrecht nur die causa possessionis defuncti und das Corpus zur Todeszeit zu beweisen,[1] und der beklagte Erbschaftsbesitzer, der keinen Singulartitel vorschützt,[2] kann nur aus dieser causa Einreden erheben: z. B. wenn nach ihr die Sache nur als res heredis vindicirt werden könnte,[3] oder wenn nach ihr der Erbe an der Restitution kein Interesse hat,[4] oder wenn der Ersatz des Interesses cessirt, weil es kein rechtlich anerkanntes ist.[5] Die Function der possessorischen Klagen hat aber die h. p. nicht.[6] Diese Klagen können durch den Eingriff des Occupanten nicht begründet werden, weil die Erbschaft keinen Besitz hat; und der bei diesen Klagen nach ihrem blos processualischen Zweck[7] ausreichende Beweis des Corpus genügt bei der h. p. nicht,[8] weil es

[1] Nach Analogie der l. 2. § 22 D. vi bon. rapt. (47. 8). In hac actione non utique spectamus rem in bonis actoris esse: sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit. Quare sive commodata res sit sive locata sive etiam pignerata proponatur sive deposita apud me sic, ut intersit mea eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in eâ habeam vel quod aliud ius, ut intersit mea non rapi: dicendum et competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus, sed illud solum, quod ex bonis meis, hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur.

[2] Wo er auf Grund eines Singulartitels behauptet, daß die vindicirten Sachen keine res hereditatis seien, kommen die unten sub IV entwickelten Grundsätze zur Anwendung.

[3] l. 19 § 1 D. de H. P. (5. 3.)

[4] Z. B. weil der Beklagte selbst die vindicirten Sachen beim Erblasser deponirt oder sie ihm geliehen hat.

[5] Vgl. S. 321 Note 4 a. E.

[6] Diese Function geben ihr v. Bangerow, Pand. § 505 sub 2 u. v. Jhering, Grund des Besitzschutzes (2. Aufl.) S. 85 ff.; vgl. auch Ubbelohde a. a. O. S. 437 und dagegen Bruns, Besitzklagen S. 15 ff.

[7] Vgl. § 1 S. 32 Note 6.

[8] Sondern nur bei den possessorischen Universalklagen, die dem Erben ad adipiscendam possessionem zustehen, beim interdictum quorum bonorum u. der s. g. missio Hadriana, vgl. § 53.

ſich bei ihr um die vermögensrechtliche Frage handelt, ob die vindicirten Sachen in bonis oder ex bonis defuncti ſind.[1]

2) Vindicirt der Erbe corpora, deren Beſitz dem Erblaſſer ſchon bei Lebzeiten entzogen oder vorenthalten worden iſt, ſo kommen in die h. p. nur die Klagen auf Reſtitution, die der Erblaſſer erworben und hinterlaſſen hat, mit derſelben Beweislaſt, die er gehabt haben würde. Hier handelt es ſich nicht, wie bei der Occupation aus der hereditas iacens, um einen Eingriff in das Erbrecht, der für den Erben einen neuen Anſpruch erzeugt, ſondern um Anſprüche des Erblaſſers, die nur ſo wie ſie ihm zuſtanden durch das Erbrecht auf den Erben übergehen können.[2] Bei hinterlaſſenen Beſitz- oder Deliktsklagen (Interdicte, Spolienklage, condictio possessionis, condictio furtiva, actio quod metus causa) muß daher der Erbe, ſoweit der beklagte Erbſchaftsbeſitzer die Eigenſchaft der vindicirten corpora als res hereditatis leugnet, den Beweis führen, daß der Erblaſſer ſie beſaß und der Beklagte den Beſitz durch Eigenmacht, oder aus einem ungeſetzlichen oder irrthümlichen Grunde, oder ohne Grund erhalten hat; bei den hinterlaſſenen actiones in rem auf Reſtitution (rei vindicatio, actio Publiciana, hypothecaria) verhält es ſich ebenſo, auch ſie hat der Erbe nur mit dem onus probandi ſeines Erblaſſers. Eine Beweiserleichterung gewährt ihm hier die h. p. nicht. Bei actiones ex delicto muß er ſogar die anderweitigen Vortheile dieſer Klage durch ein Opfer erkaufen: ſie kommen in die h. p., nicht cum sua natura, weil aus dem dominium hereditatis nur auf rei persecutio, nicht auf poena geklagt werden kann.[3] Will der Erbe dieſes Opfer nicht bringen,

---

[1] Die Beweisfrage in dem in Rede ſtehenden Fall iſt ſehr beſtritten. Puchta, Pand. § 516 fordert vom Erben den Beweis der Rechtsverhältniſſe, in welchen der Erblaſſer zu den einzelnen corpora ſtand, Seuffert, Arch. Bd. 21 Nr. 62; Windſcheid, Pand. § 615 Note 14 iſt der Meinung, der Erbe habe nur den Beſitz des Erblaſſers zu beweiſen, nicht auch, daß derſelbe ein rechtliches Intereſſe an dem Behalten der Sachen hatte, der Beklagte müſſe den Mangel dieſes rechtlichen Intereſſes beweiſen. Ebenſo Francke, Comment. S. 205, u. Bruns, Beſitzklagen S. 16. Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 346, Bd. 18 Nr. 95, Bd. 14 Nr. 147 a. E.

[2] l. 20 § 5 D. de H. P. (5. 3). l. 14 § 2 D. quod met. c. (4. 2). l. 6 § 5 D. de act. rer. am. (25. 2), l. 22 § 1 D. eod.

[3] l. 20 § 4 D. de H. P. (5. 3). Cum praediximus omnes here-

ſo iſt er auf die Singularklagen verwieſen, gegen die der Beſitzer pro possessore keine Präjudicialeinrede hat.[1]

3) Sind Gegenſtand der Erbſchaftsklage hinterlaſſene Forderungen gegen den Erbſchaftsbeſitzer, die nicht auf Reſtitution von corpora hereditatis gehen, oder hinterlaſſene Erſatzanſprüche aus erloſchenen dinglichen Rechten (aus Beſitzſtörungen, aus perſönlichen Servituten ꝛc.) ſo kommen auch die Klagen aus dieſen Forderungen und Anſprüchen mit der Beweislaſt des Erblaſſers in die h. p. aus demſelben Grunde wie die hinterlaſſenen Klagen auf Reſtitution des Beſitzes.[2]

4) Anders geſtaltet ſich das Verhältniß bei den Forderungen, die nicht hinterlaſſen, ſondern erſt während der hereditas iacens als praestationes personales durch den Eingriff des Erbſchaftsbeſitzers zur Exiſtenz gekommen ſind.[3] Der possessor hereditatis ſteht der hereditas iacens als ein negotiorum gestor gegenüber. Wer mit einer fremden Erbſchaft ſchaltet, als ob ſie ihm gehöre, führt gleichwohl negotia hereditaria und deshalb negotia aliena.[4] Daher entſteht zwiſchen ihm und der Erbſchaft eine gegenſeitige obligatio quasi ex contractu,[5] aus welcher der Erbe durch den Antritt als dominus hereditatis ex tempore mortis defuncti der dominus negotii mit der actio negotiorum gestorum directa iſt, und der Erbſchaftsbeſitzer der Geſtor mit der actio contraria.[6] Statt der einzelnen durch die Handlungen des Erbſchaftsbeſitzers begründeten Vindicationen, Condictionen, actiones ex lege Aquilia

ditarias actiones in hereditatis petitionem venire, quaeritur, utrum cum sua natura veniant an contra: ut puta est quaedam actio, quae infitiatione crescit . . . ut legis Aquiliae? et Iulianus scribit simplum soluturum. l. 36 § 2 D. eod. Vgl. l. 13. 14 D. de R. V. (6. 1).

[1] Vgl. § 49 S. 310 Note 1.

[2] l. 14, l. 16 pr. § 3, l. 20 § 4 D. de H. P. (5. 3).

[3] l. 25 § 18 D. de H. P. (5. 3), vgl. § 48 S. 292 Note 6.

[4] l. 10 D. si pars hered. pet. (5. 4) . . . quasi negotia hereditaria gesserit, cum id quod administravit non fuerit paternae hereditatis . . . l. 5 § 5 D. de neg. gest. (3. 5). Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione sed sui lucri causa . . . tenebitur negotiorum gestorum actione. Vgl. Dankwardt, die Negotior. Gestio S. 35 ff. Zimmermann, Aechte und unächte negot. gestio. S. 28 ff. v. Monroy, Vollmachtsloſe Ausübung fremder Vermögensrechte S. 5 ff.

[5] Vgl. § 2 S. 50 Note 1 erſter Abſatz.

[6] l. ult. D. de neg. gest. (3. 5).

und ſonſtigen Delictsklagen hat der Erbe in der actio neg. gestor. eine einzige perſönliche Generalklage,[1] die jene einzelnen Klagen in ſich aufnimmt, aber die Delictsklagen nicht cum sua natura, weil ſie eine actio quasi ex contractu iſt.[2] Dieſe perſönliche Generalklage und ihr Klagegrund kommen in die h. p.[3] Deshalb beſchränkt ſich hier das onus probandi auf den Beweis des negotium gestum,[4] und der dem Erben zuſtehende Anſpruch geht auf Rechnungslegung,[5] wie ſie zur Orientirung über Rechte und Pflichten gegen den Geſtor erforderlich iſt, und auf diejenigen Leiſtungen, die ſich aus den allgemeinen Grundſätzen der negotiorum gestio und deren Modificationen durch die Vorſchriften des ſ. g. SC. Iuventianum[6] ergeben[7] (§ 51).

---

[1] Vgl. Dankwardt a. a. O. S. 17.

[2] Vgl. S. 324 Note 3.

[3] l. 16 § 1 D. de H.P. (5. 3). Sed et is, qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur. § 2. Unde Iulianus l. VI Dig. ait ab eo, qui petit hereditatem et litis aestimationem consecutus est, hereditatem peti posse. § 3. Non solum autem a debitore defuncti, sed etiam a debitore hereditario peti hereditas potest: denique ab eo, qui negotia hereditaria gessit, et Celso et Iuliano videtur peti hereditatem posse, sed si heredis negotium gessit, nequaquam: ab heredis enim debitore peti hereditas non potest. l. ult. i. f. D. si pars hered. pet. (5. 4). . . qui negotia hereditaria gessit et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis, ut iuris possessor convenitur. Weil die h. p. dieſe perſönliche Generalklage in ſich aufnimmt, iſt ſie eine actio mixta, c. 7 C. de P. H. 3. 31 (vgl. § 48 S. 292 Note 9, c. 23 C. de neg. gest. (2. 18) Negotiis gestis non in rem, sed in personam est actio. Dankwardt a. a. O. S. 20.

[4] Dankwardt a. a. O. S. 32.

[5] § 1 i. f. I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27), l. 2 D. de neg. gest. (3. 5). Glück, Comment. Bd. 7 S. 541, Sintenis, gem. Civilr. Bd. 3 § 191 a. E. v. Monroy, a. a. O. S. 163 ff.

[6] Dies Senatusconsultum, veranlaßt durch eine Oratio Hadriau's v. J. 129, bezog ſich zunächſt nur auf dem Fiscus zugefallene Erbſchaften, wurde dann aber auf jede h. p. ausgedehnt, l. 20 § 7—10 D. de H. P. (5. 3), c. 1 pr. C. h. t. (3. 31). Sein weſentlicher Inhalt iſt uns in l. 20 § 6 D. de H. P. mit authentiſchen Worten erhalten. Im Eingange des SC. iſt der Juriſt Juventius Celſus als einer der Conſuln des Jahres 129 erwähnt, deshalb hat man es SC. Iuventianum genannt.

[7] Die negotiorum gestio als Grundlage für die Rechtsverhältniſſe

IV. Stellt der Verklagte der h. p. die Behauptung entgegen, er besitze die vindicirten corpora oder iura nicht pro herede oder pro possessore, so ist dies eine Einrede, die er zu beweisen hat. Das Beweisthema des Klägers begreift neben dem Beweis des Erbrechts nur den Beweis, daß die eingeklagten Sachen oder Forderungen res hereditatis seien. Hat er diesen Beweis nach den dargelegten Grundsätzen geführt, so gilt der Verklagte als Besitzer pro possessore, wenn er nicht behaupten und beweisen kann, daß er auf Grund einer iusta causa existimandi se heredem esse Besitzer pro herede sei, oder daß er titulo singulari kraft eines vom Erbrecht unabhängigen eigenen Rechts besitze: pro possessore possidet, qui nullam causam possessionis possit disere.[1] Der Beweis des Titels pro herede, aus welchem der Beklagte sein Erbrecht ableitet, kann dem Kläger ebensowenig auferlegt werden, wie der Beweis des behaupteten Singulartitels, durch welchen der Beklagte die Einrede vorschützt, daß durch seinen singulären Erwerb die vindicirten Sachen oder Forderungen aufgehört haben, res hereditatis zu sein. Deshalb nöthigt die Anstellung der h. p. den Beklagten zur Beantwortung der Frage, ob er behaupten und beweisen könne, daß er pro herede besitze, oder ob er gar keinen Besitztitel behaupten und beweisen könne.[2] Beantwortet er diese Frage

des Erbschaftsbesitzers wird in Abrede gestellt von Schröder, das Commodum der Erbschaftsklage S. 17 ff. (1876) (dazu Kohler, Krit. V. J. S. Bd. 19 S. 438 ff.) und von Ruhstrat im Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 363 ff. (1884); s. dagegen Wetzell, der röm. Vindicationsproceß S. 142 ff., v. Monroy a. a. O. S. 92 ff., Pfersche a. a. O. S. 337 ff. Das Nähere § 51.

[1] Vgl. § 48 S. 296 Note 4 ff.

[2] c. 11 C. de P. H. (3. 31). Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere incivile est praeter eum, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat. Die herrschende Ansicht nimmt auf Grund dieser Stelle an, daß der Kläger nach röm. Recht eine interrogatio in iure an den Beklagten richten lassen konnte, ob er pro herede oder pro possessore besitze. Glück a. a. O. Bd. 7 S. 520, Sintenis a. a. O. § 190 Note 35, Windscheid, Pand. § 615 Note 14. Die ursprüngliche Fassung der c. 11 cit. in c. 12 C. Th. de fide test. et instr. (11. 39) zeigt, daß hier nicht von einer interrogatio des Klägers, sondern von einer probatio des Beklagten die Rede ist; vgl. Wetzell a. a. O. S. 139 ff., Demelius, die Confessio im röm. Civilpr. S. 343 ff., Pfersche a. a. O. S. 280 ff.

dahin, daß er aus einem Singulartitel besitze, so muß er, wenn er diesen Titel beweist, von der h. p. entbunden werden,[1] sofern der Erbe ihm nicht durch den Beweis der Nichtigkeit des Titels und der Kenntniß der Nichtigkeit beweist, daß er Besitzer pro possessore ist; über andere Gründe, welche den Erwerb aus dem bewiesenen Titel anfechtbar machen, darf im Erbschaftsproceß nicht verhandelt werden.[2] So verhält es sich, der Beklagte mag die corpora hereditatis aus der Erbschaft occupirt, oder von einem Andern erhalten haben, er mag sich auf ein Geschäft mit dem Erblasser berufen, oder auf ein Geschäft mit dem Erben, oder auf ein Geschäft mit einem Dritten, welches er bei Lebzeiten des Erblassers oder nach dem Tode desselben abgeschlossen hat. Der Beweis des Singulartitels macht ein Erkenntniß über diesen Titel nöthig. Dieses Erkenntniß bildet nicht den Gegenstand der h. p.: als ein Erkenntniß über einen vom Erbrecht unabhängigen Erwerbsgrund setzt es die Anstellung einer Singularklage voraus.[3]

---

[1] c. 4 C. in quib. caus. cess. (7. 34); vgl. § 48 S. 301 Note 3. Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 141.

[2] Vgl. Zimmermann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 29 S. 224. 462.

[3] Die Frage, wie es sich verhalte, wenn der Beklagte sich auf einen Singulartitel berufe, ist sehr bestritten: 1) Manche Juristen nehmen an, die Erbschaftsklage werde stets elidirt, und der Erbe zur Anstellung der Singularklage genöthigt, sobald der Verklagte nur einen Singulartitel vorschütze; der Beweis desselben sei nicht erforderlich, Glück, Comment. Bd. 7 S. 517, Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 203, Bd. 28 Nr. 39. Dem steht die Erwägung entgegen, daß der Verklagte dann auch durch eine beliebige Lüge den Erben zur Anstellung der Singularklage würde zwingen können, Sintenis, a. a. O. § 190 Anm. 35, Zimmermann, a. a. O. S. 457. 2) Andere Juristen stellen dieselbe Ansicht für den Fall auf, wo der Verklagte Sachen, die der Erblasser beim Tode besaß, aus der Erbschaft occupirt hat, v. Savigny, Verm. Schrift. II. S. 267 ff., Leist, Forts. v. Glücks Comment. II. S. 417 ff. 3) Nach einer dritten Meinung soll gerade für diesen Fall der Singulartitel vom Verklagten bewiesen und die darauf gestützte exeptio dominii gegen die h p. zugelassen werden müssen; in anderen Fällen soll vom Verklagten der vorgeschützte Titel nicht zu beweisen sein. und der Kläger die h. p. nur aufrecht erhalten können, falls er dem Verklagten die Kenntniß der Nichtigkeit des Titels beweist, Windscheid, Pand. § 614 Note 5, § 615 Note 14, Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 94. 95, Bd. 16 Nr. 128. 4) Endlich wird für diesen Fall auch die Ansicht aufgestellt: der Verklagte müsse die occupirten Erbschaftssachen resti-

Der Erbe muß daher, wo er zu befürchten hat, daß die h. p. durch den Nachweis eines Singulartitels elidirt werden könne, mit derselben eventuell die ihm zustehenden Singularklagen cumuliren, um von der Vertheidigung des Beklagten die Entscheidung abhängig zu machen, ob jene oder diese Bestand behalten werden.[1] Kann der Beklagte keinen Titel beweisen, oder beweist er den Titel pro herede, so wird er aus der h. p. verurtheilt und die Singularklage abgewiesen; beweist er einen Singulartitel, so wird die h. p. abgewiesen, und die Verurtheilung erfolgt aus der Singularklage, wenn sich zeigt, daß der Singulartitel den behaupteten Erwerb für den Verklagten nicht bewirkt hat.[2]

4. Gegenstand. Haftung des Beklagten.

§ 51.

Die h. p. geht auf Anerkennung des klägerischen Erbrechts und folgeweise auf Restitution aller res hereditatis, die vom Beklagten pro herede oder pro possessore besessen werden: auf Herausgabe der hinterlassenen corpora, auf Zahlung der hinterlassenen Forderungen gegen den Besitzer, und auf die

---

tuiren; der Beweis der vorgeschützten exceptio dominii werde ihm nicht gestattet, aber nach der Restitution könne er die rei vindicatio oder andere entsprechende Klagen gegen den Erben anstellen, v. Vangerow, Pand. § 505 sub 3, Arndts, Rechtsl. Bd. 5 S. 211. Die c. 3 C. quorum bonor. 8. 2 (c. un. C. Th. h. t. 4, 21), auf welche sich die Ansicht stützt, spricht von dem possessorischen interd. quorum bonorum, läßt sich deshalb auf die h. p. nicht anwenden; vgl. Brinz, Pand. (1. Aufl.) Abth. 2 S. 688 ff.

[1] l. 1 § 4 D. quod legator. (43. 3). Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato (hoc interdicto del. Mommsen) teneatur, quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit. Auch die heutige Praxis giebt dem Kläger dieses Recht der eventuellen Cumulation, es wird aber in derselben auch die Ansicht vertreten, der Richter habe die Befugniß, die angestellte h. p. ohne Weiteres als rei vindicatio aufrecht zu erhalten, Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 203, Bd. 31 Nr. 346.

[2] Wetzell, System des gem. Civilpr. S. 841 (3. Aufl.).

praestationes personales, zu welchen er erst als Erbschaftsbesitzer verpflichtet worden ist.[1]

I. Die corpora, welche zur Erbschaft gehören, sind alle Sachen, an welchen der Erblasser ein dingliches Recht mit dem ius possidendi hatte (Eigenthum, bonae fidei possessio, Emphyteusis, Superficies, Pfandrecht), und alle fremden Sachen, an denen er ein Retentionsrecht hatte, oder die er blos detinirte, quarum tamen periculum ad heredem pertinet, weil der Erblasser für sie z. B. als Commodatar oder Depositar haftete.[2] Dagegen die hinterlassenen Prädialservituten kommen nicht in die h. p.: sie können nicht restituirt werden, weil sie kein ius possidendi d. i. keinen Anspruch auf die Detention des praedium serviens geben. Störungen in der Ausübung begründen deshalb für den Erben nur die actio confessoria.[3] Auch die aus hinterlassenen conditiones usucapiendi entstandenen Eigenthumsrechte liegen, wenn sich das tempus usucapiendi erst nach dem Antritt des Erben vollendete, als res heredis nicht im Bereich der h. p.[4]

II. Die hinterlassenen Forderungen gegen den Besitzer kommen als res hereditatis in die h. p., sie mögen Contracts- oder Quasicontracts-, Delicts- oder Quasidelictsklagen sein,[5] aber auf Strafe kann die Erbschaftsklage nicht angestellt werden.[6] Sind die hinterlassenen Forderungen bedingte oder betagte, so geht die h. p. auf cautio de restituendo hoc debito, cum dies venerit vel conditio extiterit.[7]

III. Die praestationes personales, welche als res hereditatis vom Erbschaftsbesitzer mit der h. p. eingeklagt werden können, sind die Leistungen, auf welche er durch seine Verwaltung der Erb-

---

[1] Vgl. § 48 S. 292 Note 1 ff.

[2] l. 18 § 2 l. 19 pr. § 2 D. de H. P. (5. 3); vgl. § 50 S. 321 Note 4.

[3] l. 19 § 3 D. eod Servitutes in restitutionem hereditatis non venire ego didici, cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus, sed si non patiatur ire et agere, propria actione convenietur. Der Sinn dieser Stelle ist bestritten, vgl. Glück a. a. O. Bd. 7 S. 538, Dernburg a. a. O. S. 81, Francke, Comment. S. 209, Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 400 Note 18.

[4] l. 19 § 1 D. eod.

[5] l. 14, l. 15, l. 16 § 3 D. eod.; vgl. § 50 Seite 325.

[6] l. 20 § 4 D. eod.; vgl. § 50 Seite 324.

[7] l. 16 pr. D. eod.

ſchaft in der Zeit vor dem Antritt des Erben quasi ex contractu nach den Grundſätzen der negotiorum gestio obligirt wird, ſoweit dieſe Grundſätze nicht durch das zu dieſem Zweck erlaſſene SC. Iuventianum Abänderungen erfahren haben, die dieſer beſondere Fall der Geſchäftsführung nothwendig macht.

Die Grundſätze der negotiorum gestio würden dem Erbſchaftsbeſitzer die Verpflichtung auflegen, nach Rechnungslegung an den Erben Alles herauszugeben, was er von oder aus der Erbſchaft erhalten oder für die Erbſchaft angeſchafft hat, und Schadenserſatz für das zu leiſten, was er wegen Culpa nicht hat: im Fall der mala fides, auch für das, was er in Folge eines Caſus nicht hat.[1] Andererſeits hätte nach den Grundſätzen der negotiorum gestio der Erbe als dominus negotii die negotia utiliter coepta, die zur Zeit ihrer Vornahme im Intereſſe der Erbſchaft nothwendig waren, zu ratihabiren,[2] alſo die Gefahr des unglücklichen Erfolges zu übernehmen,[3] und dem Erbſchaftsbeſitzer als Geſtor ſeine Unkoſten mit Zinſen zu erſetzen;[4] bei andern Geſchäften könnte er aber die Ratihabition verweigern[5] mit der Wirkung, daß er dem Geſtor nur auf die Bereicherung, der Geſtor aber ihm auf Schadenerſatz verpflichtet wäre.[6] Dieſe Principien der negotiorum gestio bilden denn

[1] . 5 § 5 D. de neg. gest. (3. 5), l. 2 D. eod., l. 5 § 14, l. 8, l. 10, l. 18 § 1. 4, l. 20 § 3, l. 22, l. 30 § 3, l. 48 D. eod

[2] l. 8 D. eod . . . quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi . . l. 45 D. eod.

[3] l. 9 § 1 D. eod. . . . sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum . . . Quid si putavit se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum. l. 11 § 2 D. eod.

[4] l. 9 pr. D. eod.

[5] c. 9 C. de neg. gest. (2. 18). Si pecuniam a debitore tuo Iulianus exegit eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem. l. 5 § 11 i. f. D. h. t. (3. 5)

[6] l. 5 § 5 D. eod. . . . ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in id quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem. Die beiden Obligationen aus der negotiorum gestio entſtehen hier als Forderungen von verſchiedenem Inhalt sub

auch die Grundlage des SC. Iuventianum,[1] aber sie finden nach ihm auf den Erbschaftsbesitzer nicht überall dieselbe Anwendung wie

---

conditione potestativa der Ratihabition und sub conditione contraria. Unter der Bedingung der Ratihabition hat der Dominus die actio directa auf Herausgabe dessen, was der Gestor durch seine Geschäftsführung in Händen hat oder haben müßte, und der Gestor die actio contraria auf Ersatz seiner Unkosten mit Zinsen; sub conditione contraria hat der Gestor die actio contraria nur auf die Bereicherung, der Dominus die actio directa auf vollen Schadensersatz, und der Gestor haftet ihm nicht blos wegen Culpa, sondern bei mala fides auch wegen Casus; der Behauptung des Gestors, er sei außer Culpa, steht hier der Satz entgegen: culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti, l. 36 D. de R. I. (50. 17). Bis zur Entscheidung über die Ratihabition ist also der Inhalt der Obligationen aus der negostiorum gestio noch in pendenti, weil der Dominus die Wahl zwischen zwei obligatorischen Verhältnissen hat (vgl. l. 22, l. 30 D. de H. P. 5. 3), aber die Obligationen selbst sind nicht in pendenti, vgl. l. 8 D. de neg. gest. (3. 5).

[1] Dies ergibt sich aus den verschiedenen Ansichten über die Haftung des Erbschaftsbesitzers in den Schriften der römischen Juristen, die vor dem SC. Iuvent. lebten und durch ihre Controversen unzweifelhaft das SC. veranlaßten, da es nach l. 20 § 6 D. de H. P. (5. 3) namentlich de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus das künftig anzuwendende Recht feststellen wollte. Ursprünglich wollte man den Erbschaftsbesitzer wie jeden andern negotiorum gestor haften lassen; später entstand darüber Streit, und in diesem Streit entwickelten sich die Grundsätze, die das SC. zur ausschließlichen Geltung brachte. Durch diese Grundsätze wurde der Gesichtspunkt, daß der Erbschaftsbesitzer ein negotiorum gestio sei, nicht aufgehoben, sondern nur seine Haftung aus der neg. gestio besonders geregelt. Nach dieser neuen Regelung berichtigten dann die Juristen, die nach dem SC. schrieben, die Ansichten der älteren Juristen, ohne die Behauptung aufzustellen, das Rechtsverhältniß des Erbschaftsbesitzers sei überhaupt keine neg. gestio. Auch sie ziehen — wie das heute ebenfalls geschehen muß — zunächst bei jedem Fall die Consequenzen, die sich aus der neg. gestio ergeben und untersuchen dann, ob sie durch das SC. modificirt werden; wo dies nicht der Fall, lassen sie die Ansichten der alten Juristen unbeanstandet, oft selbst da, wo die Entscheidung derselben nach dem SC. auf den m. f. possessor beschränkt werden mußte, weil dies selbstverständlich erschien. Vgl. l. 17, l. 18 pr. l. 20 § 1—12, l. 30, l. 31 pr. § 5, l. 33 § 1, l. 36 pr. § 2, l. 40 pr.; in der l. 20 § 1 cit. wird die Berichtigung für überflüssig gehalten, die in l. 30 cit. gemacht ist. Ueber die abweichende Meinung, welche den Gesichtspunkt der negotiorum gestio verneint, vgl. § 50 S. 326 Note 7.

auf andere negotiorum gestores: das SC. hat die Haftung desſelben durch abweichende der Sachlage entſprechende Beſtimmungen normirt.[1] Nach dieſen Beſtimmungen entſcheidet über ſeine Haftung und damit über die Anwendung oder Modification jener Principien einerſeits der Titel des Erbſchaftsbeſitzers, demzufolge er b. f. possessor, praedo oder blos m. f. possessor ſein kann, andererſeits die Zeit, wo die Verkürzung der Erbſchaft durch ihn erfolgt iſt, ob vor oder nach der Erhebung der h. p.

1) Der b. f. possessor, der ſich ex iusta causa für den Erben hält,[2] iſt vor der Erhebung der Klage von jeder Haftung für die Verkürzung der Erbſchaft frei, weil er mit ſeinem eigenen Vermögen zu wirthſchaften glaubt. So lange er in dieſem Glauben ſteht, beſchränkt ſich deshalb ſeine Reſtitutionspflicht auf ſeine Bereicherung aus der Erbſchaft: er ſoll durch ihre Verwaltung kein damnum, aber auch kein lucrum haben.[3] Für das was er von ihr aufgezehrt, zerſtört, verſchlechtert, oder wegen Mangel an Diligenz nicht gewonnen hat, iſt er zu keinem Erſatz verbunden, auch nicht für das, was er verſchenkt hat; nur die Bereicherung durch empfangene Gegengeſchenke, die dem Geſchäft den Charakter eines Tauſches geben, kann der Erbe für ſich in Anſpruch nehmen.[4] Dem-

---

[1] c. 1 pr. C. de P. H. (3. 31) SC. . . . quo cautum est, quid et ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat.

[2] Eine iusta causa iſt auch ein entſchuldbarer Rechtsirrthum, l. 25 § 6 D. de H. P. (5. 3).

[3] l. 20 § 6c D. eod. . . . eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se portinere existimassent, usque eò dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. l. 25 § 11 D. eod. Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. l. 28 D. eod. Post senatus consultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est.

[4] l. 25 § 11 D. eod. . . . quemcunque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. Nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt; plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt. velut genus quoddam hoc esset permutationis. — l. 31 § 3 D. eod. . . . si facere debuit nec fecit, culpae huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est.

gemäß haftet der b. f. possessor, der zu einer Quote Erbe ist, sich aber für den Universalerben hält und einen Theil der besessenen res hereditatis consumirt, den Miterben nicht auf Ersatz ihres Antheils; nur von dem Rest können sie ihre Quote vindiciren.[1] Demgemäß hat ferner der b. f. possessor, der aus dem Nachlaß für seinen Lebensunterhalt mehr als früher aufwandte, nur den Betrag zu restituiren, mit dem er, bevor er sich für den Erben hielt, seine gewohnten Bedürfnisse bestritt: nur um diesen im eigenen Vermögen ersparten Betrag hat er sich aus der Erbschaft bereichert, den Mehrbetrag hat er aus ihr verschwendet.[2] Ist jedoch der größere Aufwand von ihm zwar mit Rücksicht auf die vermeintliche Erbschaft, aber nicht aus der Erbschaft gemacht (si eam non attigit), sondern aus seinem eigenen Vermögen, so darf er nichts von der Erbschaft in Abzug bringen: denn hier, wo die Erbschaft ganz intact geblieben ist, hat er nur seine Geschäfte, keine negotia hereditaria geführt.[3] Der gleiche Fall liegt vor, wenn er im Glauben, ein reicher Erbe zu sein, Schulden contrahirt und für sie Pfandrechte an Erbschaftssachen bestellt; auch dies sind keine negotia hereditaria, deshalb ist der Erbe nicht zur Ratihabition oder zu irgend einem Ersatz verpflichtet.[4]

Alle negotia hereditaria aber, namentlich Veräußerungen von Erbschaftssachen, muß der Erbe ratihabiren, auch wenn sie nicht im Interesse der Erbschaft vorgenommen sind, weil sich die Haftung des b. f. possessor durch Verweigerung der Ratihabition über den Betrag der Bereicherung steigern würde; ebenso muß er caviren, wo es nöthig ist, um die Haftung auf diesen Betrag zu beschränken. Beim Verkauf von Erbschaftssachen hat daher der b. f. possessor nur die Forderung auf den Kaufpreis gegen Caution wegen seiner Verpflichtung auf das Kaufobject, oder falls der Preis gezahlt ist, blos diesen und die von ihm gezogenen Zinsen herauszugeben, und beide nur, sofern er sie nicht wieder ohne bleibenden Nutzen verzehrt oder verloren hat;[5] aber soweit er durch Preis

[1] l. 25 § 15 D. eod.
[2] l. 25 § 16 D. eod.
[3] l. 25 § 12 D. eod.
[4] l. 25 § 14 D. eod. . . . cum ipse sit obligatus.
[5] l. 20 § 6a, § 17—20 D. eod. l. 23 D. eod. l. 16 § 5 D. eod.

oder Zinsen noch bereichert ist, muß er sie auch dann erstatten, wenn die verkauften Sachen beim Käufer aufgehört haben, Erbschaftssachen zu sein, weil sie bei ihm untergegangen oder von ihm usucapirt sind.[1] Existiren sie beim Käufer, so steht dem Erben gleichwohl nur die h. p. gegen den Verkäufer zu, wenn die rei vindicatio gegen den Käufer einen Evictionsregreß begründen, und deshalb die Haftung des Verkäufers über den Betrag der Bereicherung hinausgehen würde; gegen diesen Nachtheil ist er durch die Präjudicialeinrede geschützt.[2]

Sind vom b. f. possessor Sachen mit erbschaftlichem Gelde gekauft, so kommen nur diese in die h. p., sie mögen im Interesse der Erbschaft gekauft sein oder nicht: auch dann, wenn sie mit dem Erlös für verkaufte Erbschaftssachen, und wenn sie zu theuer gekauft sind.[3] Das verausgabte Geld kann der Erbe nicht fordern, weil der Besitzer nur noch durch die Sachen bereichert ist; die Sachen kann er aber auch dann fordern, wenn der Besitzer sie für sich anschaffte, weil derselbe demungeachtet durch die Zahlung des Preises mit erbschaftlichem Gelde negotia hereditaria führte.[4] Kaufte er sie aber mit eigenem Gelde, so kommen sie nur in die h. p., si magna utilitas hereditatis versetur und pretium restituturo herede;[5] fehlt es an dieser utilitas hereditatis, so war der Kauf ein Geschäft des Besitzers, zu dessen Ratihabition der Erbe hier ebensowenig verpflichtet oder berechtigt ist, wie da, wo der Besitzer eigenes Geld zum Darlehn gegeben hat. Nur das Darlehn erbschaftlicher Gelder ist ein negotium hereditarium, bei dem der Erbe, weil er es ratihabiren muß, mit der h. p. auch nicht auf das Geld, so lange es nicht zurückgezahlt ist, sondern blos auf die Cession der Forderung klagen kann und das Periculum für dieselbe zu übernehmen hat.[6] Diese nothwendige Ratihabition bewirkt, daß

---

[1] l. 20 § 6a, § 21, l. 21 D. eod. c. 7 C. in quib. caus. cess. (7. 34).

[2] l. 25 § 17 D. eod. Vgl. § 49 S. 307 Note 5.

[3] l. 25 § 1 D. eod.

[4] l. 20 § 1 D. eod. bezieht sich auf den m. f. possessor, wie l. 33 § 1 D. eod.

[5] l. 20 pr. D. eod.

[6] l. 30 i. f. D. eod. Vgl. S. 349 Note 3.

die Veräußerung des b. f. possessor einen Aus- und Eintausch in der Erbschaft nach sich zieht.[1]

Ueberall begreift die Restitutionspflicht des b. f. possessor nur die Bereicherung, und nur die Bereicherung, die ihm aus der possessio hereditatis erwachsen ist, aber diese Bereicherung begreift sie stets, auch die ex quaestu inhonesto[2], und stets in vollem Betrage. Hat der Besitzer wegen Dejection aus einem Erbschaftsgrundstück das interdictum de vi auf Schadenersatz, hat er das interdictum de precario,[3] hat er wegen Leistung von Vermächtnissen aus der Erbschaft die condictio indebiti,[4] oder hat er aus erbschaftlichen Geschäften Klagen auf verfallene Conventionalstrafen erworben,[5] so kommen auch diese actiones als Bereicherungen aus dem Besitz der Erbschaft in die h. p. Dagegen die durch ein Delict gegen seine Person verwirkten Strafen, und Proceßbußen, die er bei der Anstellung erbschaftlicher Klagen erhalten hat, können nicht von ihm vindicirt werden: dies sind als persönliche Satisfactionen res possessoris,[6] während eingezogene erbschaftliche Delictsschulden res hereditatis sind, die er mit Einschluß der Strafe restituiren muß.[7] Hier werden aber wie bei der Einziehung jeder Erbschaftsschuld die Schuldner durch Zahlung an den Erbschaftsbesitzer nicht von ihrer Verbindlichkeit gegen den Erben frei.[8] Deshalb muß der Erbe, abgesehen von eingezogenen indebita, die

---

[1] l. 22 D. eod. . . quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse. Selbstverständlich wird überall gegen die veräußerten erbschaftlichen Sachen oder Gelder nur eine Forderung eingetauscht, z. B. auf Herausgabe des Kaufpreises oder der gekauften Sachen. Nur in diesem Sinn kann man für den Fall der Ratihabition den Satz aufstellen: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, und darf dabei nicht übersehen, daß die Haftung auf die Bereicherung durch ihn keine Einschränkung erleidet. S. 338 Note 3.

[2] l. 52 D. eod.

[3] l. 16 § 4, l. 40 § 2 D. eod.

[4] l. 16 § 7 D. eod.

[5] l. 23 § 1, l. 25 pr D. eod.

[6] l. 24 D. eod.

[7] l. 55 D. eod.

[8] c. 8 C. de cond. indeb. (4 5). Creditoris falso procuratori solventi adversus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit.

nicht in die h. p. kommen, weil sie keine res hereditatis sind,[1] stets die Empfangnahme der Zahlung ratihabiren und sich mit dem begnügen, was der Erbschaftsbesitzer noch von dem Gegenstand der Zahlung hat. Dürfte er gegen die Schuldner klagen, so könnten diese durch die condictio indebiti den Erbschaftsbesitzer nöthigen, mehr zu leisten, als er dem Erben aus der h. p. zu restituiren hat. Deshalb steht der condictio die Präjudicialeinrede entgegen; diese liberirt die Schuldner vom Erben, wo sie von ihm nicht ipso iure frei werden, weil der Erbschaftsbesitzer die empfangene Zahlung nicht an den Erben herausgegeben hat.[2]

Sind vom b. p. possessor Erbschaftsschulden mit eigenen Mitteln bezahlt, so muß der Erbe auch dies Geschäft als ein negotium hereditarium ratihabiren durch Gestattung der Abrechnung gegen Cession der condictio indebiti; diese Ratihabition befreit den Erbschaftsbesitzer von dem Periculum dieser Klage und begründet für den Erben eine Einrede gegen die Klage der Gläubiger, von denen er an sich durch die Zahlung des Erbschaftsbesitzers nicht befreit würde, weil derselbe sie vor erhobener Klage und darum in seinem eigenen Namen machte.[3] Einen gleichen Anspruch der Abrechnung gegen Cession der condictio indebiti auf Gefahr des Erben hat auch der b. f. possessor, der als instituirter Erbe Vermächtnisse aus eigenem Vermögen zahlte, wenn ihn demnächst der

[1] l. 20 § 18 i. f. D. eod.

[2] arg. l. 25 § 17. l. 16 § 7 D. eod.; vgl. § 49 S. 307 Note 5 u. S. 309 Note 1.

[3] l 31 pr. D. eod. . . nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Hier heißt suo nomine solvere, wie sich aus dem weiteren Inhalt der Stelle ergiebt: in der Zeit zahlen, dum se heredem putat d. i. vor erhobener h. p. Die Stelle steht im Einklang mit l. 19 § 1 D. de cond. indeb. (12. 6), l. 38 § 2 D. de solut. (46. 3), und sie steht auch nicht im Widerspruch mit c. 5 C. de P. H. (3. 31) u. l. 49 D. de neg. gest. (3 5), in welcher gesagt wird, daß die condictio indebiti dem Erbschaftsbesitzer nicht zustehe, und die Zahlung desselben den wahren Erben liberire: denn diese beiden Stellen sprechen von dem Fall, wo er die Zahlung nach erhobener Erbschaftsklage, daher nicht suo nomine gemacht hat, sondern als Vertreter der streitigen Erbschaft und damit des künftigen Siegers, so daß, wenn der Kläger siegt, der Besitzer gegen ihn die actio neg. gestor. hat. Vgl. über die sehr bestrittene l. 31 pr. cit. Francke, Commentar S. 322 ff.

Inteſtaterbe mit der h. p. beſiegt: ſo lange ihm ſein Erbrecht nicht beſtritten iſt, muß die Leiſtung der ihm auferlegten Vermächtniſſe aus einem error probabilis als ein negotium hereditarium gelten.[1] Nur die wiſſentliche Zahlung eines indebitum und die ihr gleichſtehende aus einem unentſchuldbaren und daher unbeweisbaren Irrthum kann nicht als ein ſolches gelten, deshalb kann er dieſe nicht in Anrechnung bringen.[2] Aber aus erbſchaftlichen Geſchäften darf er keinen Schaden haben (ne in totum damno afficiatur), ebenſowenig aber auch irgend einen Gewinn (omne lucrum auferendum est). Hat er eine verkaufte Erbſchaftsſache um einen geringeren Preis zurückgekauft, ſo haftet er nicht blos auf die Sache, ſondern auch auf die Bereicherung aus dem empfangenen Preiſe, aber nicht für geſetzliche Zinſen.[3] Hat er von Erbſchaftsſachen Früchte gezogen, ſo haftet er nicht blos auf alle fructus extantes, auch auf die, die der Erbe nicht gezogen haben würde,[4] ſondern auch auf die Bereicherung aus den conſumirten Früchten,[5] und zwar gleichviel ob ſie vor oder erſt nach dem Antritt des Erben gezogen und conſumirt ſind, weil Früchte, wie jede andere Acceſſion ex ipsa hereditate, auch wenn ſie erſt post aditam hereditatem eintritt, nicht zu den res heredis, ſondern

---

[1] l. 17 D. eod. . . . eo tempore solverit legata, quo adhuc nulla controversia mota sit, et ob id nullam interposuerit cautionem, placet in eo casu evicta hereditate dandam ei esse repetitionem; sed cum cessante cautione repetitio datur, periculum est, ne propter inopiam eius, cui solutum est legatum, nihil repeti possit, et ideo secundum senatus consulti sententiam subveniendum ei est, ut ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat.

[2] l. 20 § 18 D. eod.

[3] l. 22 D. eod. . . Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum. Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione eius rei lucratus est. l. 20 § 6a D. eod. . . placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum.

[4] l. 56 D. eod.

[5] c. 1 § 1 C. h. t. (3. 31).

zu den augmenta hereditatis zählen;[1] und hat er Erbſchaftsſachen pro herede uſucapirt, ſo muß er auch dieſe Bereicherung als praestatio personalis reſtituiren,[2] weil er dem Erben aus der

[1] l. 20 § 3 D. eod. . . si qua postea augmenta hereditati accesserunt (Iulianus scribit), venire in hereditatis petitionem . . , Sed ea quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus non, quia personae possessoris accedunt. Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. Acceſſionen der Erbſchaft ex ipsa hereditate ſind auch nach dem Erbſchaftsantritt namentlich alle aus Erbſchaftsſachen gezogenen Nutzungen: die natürlichen wie die juriſtiſchen Früchte, auch die fructus fructuum (fructus omnes augent hereditatem), die aus hinterlaſſenen Delictsforderungen eingezogenen Geldbußen, l. 25 § 20, l. 26—29, l. 55 D. eod., der Gewinn aus einem vom Erblaſſer gekauften Lotterieloos und aus andern vom Erblaſſer geſchloſſenen bedingten Verträgen, wenn ſich die Bedingung erſt nach dem Erbſchaftsantritt erfüllt, vgl. § 2 S. 48 ff. Dagegen zu den Acceſſionen, die extrinsecus vor wie nach dem Erbſchaftsantritt an die Perſon des Beſitzers kommen, zählen z. B. ſein Finderantheil an in Erbſchaftsſachen apprehendirten Schätzen, die an ihn verwirkten Geldbußen, an ihn gezahlte indebita, und was er ſonſt aus Geſchäften, die keine negotia hereditaria ſind, erhalten hat, l. 20 § 18, l. 24 D. eod. Ob auch das von ihm mit erbſchaftlichem Gelde gekaufte Loos und der Gewinn, wie Francke, Comment. S. 216 annimmt, möchte zu bezweifeln ſein; es ſteht feſt, daß er die mit erbſchaftlichem Gelde gekaufte Sache, deren Werth den Preis überſteigt, als neg. gestor ohne Abzug herausgeben muß, l. 22 D. eod.: omne lucrum auferendum est, auch das lucrum propter negotiationem, vgl. l. 21 D. de H. v. A. V. (18. 4), v. Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 280 ff.

[2] Gaius II. 57 . . . nam ex auctoritate Hadriani senatus consultum factum est, ut tales usucapiones revocarentnr; et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Die hinterlaſſenen conditiones usucapiendi an den vom Erbſchaftsbeſitzer apprehendirten Sachen werden durch dieſe Apprehenſion unterbrochen, vgl. § 2 S. 53. Es beginnt für ihn aber eine neue Uſucapion an allen in Beſitz genommenen Sachen, welche der Erblaſſer aus einem Eigenthumstitel hatte; dieſe Singulartitel werden für den Beſitzer Putativtitel auf Grund ſeines Univerſalputativtitels pro herede. Mit dem Ablauf des tempus usucapionis erwirbt er das Eigenthum an dieſen Sachen und kann ſich für daſſelbe jedem Dritten gegenüber auf ſeine Erſitzung aus putativem Titel berufen, aber durch ſiegreiche Anſtellung der h. p. wird ſie secundum SC. Iuventianum revocirt, und ebenſo die Erſitzung der für die Erbſchaft angeſchafften Sachen. Vgl. v. Vangerow, Pand. § 320 Anm. 1, Puchta, Pand. § 515 Note i.

actio negotiorum gestorum verpflichtet iſt, die als perſönliche Generalklage[1] in die h. p. kommt.[2] Nur der b. f. possessor universitatis, der proprio titulo possessionis munitus est, wie der Käufer der Erbſchaft, etiam singularum rerum iure convenitur.[3] Er iſt paene domini loco.[4] Deshalb ſcheiden die von ihm uſucapirten Sachen, und die von ihm für Sachen oder Früchte gelöſten Kaufpreiſe aus der Erbſchaft aus; die fructus extantes muß aber auch er als augmenta hereditatis herausgeben, wenn er die fruchttragende Sache nicht durch Erſitzung erworben hat.[5]

Die Freiheit des b. f. possessor von jeder Haftung für die Minderung des Beſtandes oder des Werths der Erbſchaft hört auf, wenn die bona fides aufhört: von dem Zeitpunckt, wo ihm die Nichtigkeit ſeines Titels bekannt geworden iſt, wird er Prädo,[6] und die Erhebung der Klage macht ihn, ſobald er von der Ladung Kenntniß hat,[7] zum m. f. possessor, oder möglicher Weiſe auch zum Prädo.[8] Es entſcheidet daher die Zeit des Urtheils darüber,

[1] l. 15 D. de neg. gest. (3. 5).

[2] c. 7 C. de P. H. (3. 31). Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit. c. 4 C. in quib. caus. cess. (7. 34).

[3] c. 2 C. de P. H. (3. 31), vgl. § 49 S. 311 Note 1. 2 u. Francke Comment. S. 168.

[4] l. 48 pr. D. de A. R. D. (41. 1).

[5] Vgl. Koeppen, Fruchterwerb des b. f. possessor S. 76 ff., S. 90 A. M. Windſcheid, Pand. § 186 Note 14 u. Czyhlarz in Glück's Comment. Serie der Bücher 41 u. 42 Th. I S. 469 ff., S. 565.

[6] l. 25 § 5 D. de H. P. (5. 3) . . . si ab initio quidem iustam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil hereditatem pertinere praedonio more versari coepit. . .

[7] l. 20 § 6 d, § 11 D. eod. R.-C.-P.-O. § 230, 239.

[8] l. 20 § 11 D. eod. „Petitam autem hereditatem“ et cetera: id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor... § 6 d... quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset. (Francke a. a. O. S. 237 a. E. ff.) l. 25 § 7 D. eod. . . post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. Quamquam enim

ob seine Haftung auf die Bereicherung aus der Zeit der bona fides beschränkt geblieben ist, oder ob sie jetzt über dieselbe hinausgeht, weil für ihn nach seiner späteren Haftung als Prädo oder als m. f. possessor neue Verpflichtungen entstanden sind, oder ob der Betrag der Bereicherung jetzt ein geringerer oder ganz absorbirt ist, weil Verluste eingetreten sind, für die der m. f. possessor nicht einzustehen hat.[1]

2) Der praedo ist durch die Kenntniß der Nichtigkeit seines Titels wie ein fur et raptor[2] sofort in mora.[3] Er haftet deshalb vor der Ladung wie nach der Ladung für Casus,[4] nicht blos für Dolus und Culpa.[5] Auch hat der Erbe ihm gegenüber die

litis contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. Et hoc iure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur, qui vero praedo est. . . . Die Worte et quasi praedones tenentur sind nicht ganz zutreffend. Nur der m. f. possessor steht nach der Ladung dem Prädo gleich, der b. f. possessor steht ihm nur dann gleich, wenn er nach den Umständen durch die Ladung sich der Nichtigkeit seines Titels bewußt werden muß; wo er gerechtfertigte Gründe hat, sein vermeintliches Erbrecht gegen den Angriff zu vertheidigen, l. 40 pr. i. f. D. eod., unterscheidet er sich vom Prädo wie vom m. f. possessor dadurch, aber auch nur dadurch, daß die Ladung für ihn keine Mora bewirkt. Siehe die nachfolgende Note 3 ff.

[1] l. 36 § 4 D. eod. Quo tempore locupletior esse debeat bonae fidei possessor dubitatur: sed magis est rei iudicatae tempus spectandum esse. Francke a. a. O. S. 353 ff.

[2] l. 13 pr. D. de H. P. (5. 3), vgl. § 48 S. 296 Note 4 ff.

[3] l. 20 D. de cond. furt. (13. 1) . . . quam nec debuit auferre, moram facere. c. 7 C. de cond. ob turp. caus. (4. 7) . . . cum in hoc casu in rem mora fiat.

[4] Vgl. l. 1 § 34 D. de vi (43. 16), l. 20 D. eod., c. 1 C. de his quae vi (2. 19), c. 2 C. de cond. furt. (4. 8), c. 9 C. de furt. (6. 2).

[5] Die ältere Doctrin läßt die Mora und die Haftung für Casus vor der Ladung für jeden m. f. possessor, nicht blos für den Prädo eintreten, (Glück, Comment. Bd. 7 S. 577), die heute herrschende Doctrin nimmt an, daß sie für jeden m. f. possessor auch für den Prädo erst nach der Ladung eintrete, Francke, Comment. S. 256 ff., Windscheid, Pand. § 612 Note 12. Das römische Recht legt in der That dem Prädo die Haftung für Casus auch schon vor der Ladung auf. Es wäre kein Grund erfindlich, weshalb der, der weiß, daß er keinen Titel hat, vor der Ladung auf Kosten des Erben milder beurtheilt werden sollte wie nach der Ladung.

Pflicht zur Ratihabition nur bei Geschäften, die nothwendige waren;[1] bei solchen, die bloß im Interesse der Erbschaft lagen,[2] kann er wie bei allen anderen Geschäften wählen, ob er sie ratihabiren oder Ersatz fordern will.[3] Demgemäß muß der Prädo auch die Bestandtheile der Erbschaft, die er aufgehört hat zu besitzen, gleichviel aus welchem Grunde er fictus possessor geworden ist,[4] erstatten, wie wenn er sie noch besäße,[5] sowie jede positive und negative Beschädigung der Erbschaft ausgleichen[6] und Verzugszinsen zahlen.[7] Er hat also auch einzustehen für die nicht gezogenen Früchte[8]

Dies erscheint nur gerechtfertigt bei dem m. f. possessor, der kein Prädo ist, weil er einen Titel hat, wie der bösgläubige Erbschaftskäufer (§ 48 S. 298 Note 2); bei ihm kann nicht von Mora die Rede sein, so lange er nicht verklagt ist, da inzwischen dahinsteht, ob sich der Erbe an ihn oder an den Verkäufer halten wird. Neuner, Wesen d. Privatr. S. 187 ff. nimmt an, daß jeder m. f. possessor schon vor der Ladung für Zufall hafte; er unterscheidet nicht zwischen m. f. possessor und praedo.

[1] l. 20 § 1. 2 D. de H. P. (5. 3).

[2] l. 20 § 12. 16, l. 36 § 3 D. eod.

[3] l. 30 D. eod.

[4] Vgl. § 48 S. 299 Note 1.

[5] l. 20 § 6c D. eod. Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent, l. 25 § 2 D. eod. .. Quod ait senatus: „eos qui bona invasissent etc.“ ... ita intelligendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur; sed et culpa, et ideo ab eo, qui ab alio non exegit vel a semetipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse: hoc utique si exigere potuit. Quod autem ait senatus „eos qui bona invasissent“ loquitur de praedonibus ... l. 25 § 7 . 8, l. 16 § 1-3 D. eod. Der dolus praeteritus macht den Prädo auch für casuelle Verluste vor der Ladung haftbar, wie beim s. g. casus mixtus, l. 30, l. 36 § 3 D. eod.

[6] l. 31 § 3, l. 36 § 2, l. 54 § 2 D. eod.

[7] l. 8 § 1, l. ult. D. de cond. furt. (13. 1), c. ult. C. de cond. ob turp. caus. (4. 7).

[8] l. 20 § 2, l. 25 § 4 D. de H. P. (5. 3) ... fructus quos percipere debuerunt; vgl. l. 40 § 1 D. eod., c. 1 C. de P. H. (3. 31). § 2 I. de off. iud. (4. 17); aber fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur, l. 51 § 1 D. eod. Gegen die Ansicht, welche unter fructus percipiendi nach der Ladung die Früchte verstehen will, welche der Kläger nach seiner besonderen Lage hätte ziehen können (Windscheid, Pand. § 612 a. E.) vgl. Francke a. a. O. S. 283.

und für sonstigen nicht gezogenen Gewinn,[1] aber nicht für einen Schaden, der aus juristischen Gründen nicht abzuwenden war,[2] und nicht für einen entgangenen Gewinn, den er ohne die Gefahr eines Verlustes nicht machen konnte, weil er überall das Periculum trägt.[3] Nur für den Zufall, durch welchen auch ohne seinen Besitz der Schaden veranlaßt wäre, hat er nicht zu haften: fatum possessor praestare non debet;[4] non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere.[5]

Dieselben Grundsätze gelten für den m. f. possessor, der kein Prädo ist, weil er einen Titel hat;[6] nur die Mora und folgeweise die Haftung für Casus und Zinsen tritt bei ihm erst nach der Ladung ein, vor derselben haftet er nur für Dolus und Culpa.[7] Auf den b. f. possessor kommen diese Grundsätze erst nach der Ladung zur Anwendung und, weil für ihn die Ladung keine Mora bewirkt, unter Ausschluß der Haftung für Casus[8] und für Verzugszinsen.[9] Stirbt der m. f. possessor vor der Erhebung der

---

[1] l. 48 D. eod.

[2] l. 31 § 4 D. eod. Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari et pauperiores fieri et non eos convenit, cum actionem non habuerit.

[3] l. 20 § 14 D. eod. . . si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat (Papinianus) eum omnino in usuras conveniendum.

[4] l. 16 pr. D. de R. V. (6. 1).

[5] l. 38 D. de H. P. (5. 3).

[6] Wie der emptor universitatis, l. 13 § 8 D. de H. P. (5. 3).

[7] Die l. 20 § 12 D. eod. welche von einem Verkauf von Erbschaftssachen *nach* der Ladung handelt, unterscheidet den Prädo und den m. f. possessor und stellt diesen jenem gleich.

[8] l. 40 pr. D. eod.

[9] l. 20 § 6a D. eod. Ueber die Anwendung der Verzugsgrundsätze vgl. *Wächter*, Erörter., Heft 3 S. 132 ff. und v. *Vangerow*, Band. § 588 Anm. 3. Sie vertreten die von den meisten heutigen Juristen adoptirte Ansicht: der debitor morosus habe das Periculum nicht zu tragen, wenn er beweisen könne, daß der Casus die res debita auch beim Gläubiger getroffen hätte, weil derselbe sie nicht vorher veräußert haben würde. Man stützt diese Ansicht auf Stellen, in welchen, wie z. B. in l. 20 § 21 u. l. 40 pr. D. eod., gesagt wird, der Debitor müsse für den Casus haften, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet. Dabei ist übersehen, daß diese Worte den *Grund* für die Haf-

Klage, so succedirt sein Erbe, auch der Erbe des fictus possessor, in seine Verbindlichkeiten. Diese sind durch seine Gestio quasi ex contractu entstanden; deshalb haftet sein Erbe nicht nach den Regeln der Delictsklagen.[1]

Hiernach braucht der Erbe nicht zu ratihabiren, wenn der Prädo oder m. f. possessor Erbschaftssachen verkauft, ohne daß es nothwendig ist (sine causa), oder wenn er Sachen verkauft, die die Erbschaft nicht entbehren kann: an und für sich kommen deshalb in die h. p. nicht der gelöste Preis, sondern die verkauften Sachen mit den Früchten.[2] Der Erbe kann aber den Verkauf auch ratihabiren: er hat die Wahl, ob er auf den Preis oder auf die Sachen klagen will,[3] gleichviel ob der Verkauf vor oder nach

---

tung angeben, aber keine Bedingung für dieselbe aufstellen wollen, und daß der Beweis der Nichtveräußerung in den meisten Fällen nicht zu führen sein würde; vgl. v. Savigny, System, Bd. 6 S. 170 ff. Man wird bei dem Satze stehen bleiben müssen: wenn der casuelle Schaden seiner Beschaffenheit nach auch ohne den Besitz des Beklagten Statt gefunden hätte, so haftet er nicht, sonst stets unbedingt. Deshalb wird von ihm gesagt, daß er „interdum" oder „fortassis" hafte, l. 33 § 1 D. de H. P. (5. 3), l. 12 § 4 D. ad exhib. (10. 4), l. 14 § 11 D. quod met. c. (4. 2).

[1] A. M. Windscheid, Pand. § 614 Note 11.

[2] l. 20 § 2 D. de H. P. (5. 3) . . si fundum hereditarium distraxerit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitionem venire. — l. 33 § 1 D. eod. . . si (hominem) hereditati necessarium (distraxerit), si quidem vivit, ipsum praestandum.

[3] l. 20 § 12 D. eod. . . . Ceterum si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum; sed imperator Severus epistola ad Celerem idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus (atquin senatus de his est locutus, qui se heredes existimant), nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructuum an pretii et usurarum post motam controversiam. Die Stelle handelt von einer Veräußerung vor der Ladung, wie sich aus der Parenthese ergiebt, l. 20 § 6b. c. Der erste Satz spricht vom Prädo, l. 25 § 2. 3 D. eod.; der zweite Satz sagt, daß ein Rescript den m. f. possessor dem Prädo gleichgestellt habe, wenn man dasselbe nicht auf den Fall beschränken wolle, der es veranlaßte, auf die Veräußerung von Sachen, die für die Erbschaft keinen Nutzen hatten. Diese Beschränkung wird stillschweigend abgelehnt.

der Ladung stattgefunden hat; dies influirt nur auf die Haftung für Verzugszinsen und für Casus. Entscheidet er sich für die Sachen, so muß ihm der m. f. possessor, der nach der Ladung als debitor morosus verkauft hat, wenn die Sachen noch beim Verkäufer existiren, aber gleichwohl nicht wieder herbeigeschafft werden können, das Interesse leisten, und wenn die Sachen beim Käufer untergegangen oder von ihm usucapirt sind, des verum pretium: quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet.[1] Der Prädo hat dieselbe Verpflichtung auch wenn er vor der Ladung verkauft hat, selbst wenn die verkauften Sachen bei ihm in derselben Weise wie beim Käufer casu untergegangen sein würden:[2] für ihn, der vom Anfang des Besitzes an ein debitor

---

und dem Petitor gegen den m. f. possessor wie gegen den Prädo die Wahl zwischen den verkauften Sachen und dem gelösten Preise gegeben, mit der am Schluß hinzugefügten einzigen Abweichung, daß der m. f. possessor, der erst nach der Ladung ein debitor morosus ist, vorher nicht für Zinsen, also auch nicht für Casus haftet, während diese Haftung für den Prädo nach allgemeinen Principien schon vor der Ladung eintritt. Erfolgt die Veräußerung der Erbschaftssachen erst nach der Ladung, so hat der Erbe gegen den Prädo und den m. f. possessor dasselbe Wahlrecht wie vor der Ladung; jetzt sind auch beide debitores morosi mit gleicher Haftung, l. 20 § 16 D. eod. Quid si post petitam hereditatem res distraxerit? hic ipsae res venient fructusque earum; sed si forte tales fuerunt, quae vel steriles erant vel tempore periturae, et hae distractae sunt vero pretio, fortassis possit petitor eligere, ut sibi pretia et usurae praestentur. Das fortassis soll hier keinen Zweifel ausdrücken, wie Francke a. a. O. S. 242 annimmt, sondern heißt: „im günstigen Fall" kann der Petitor auch den Preis wählen, d. i. wenn das vortheilhafter für ihn ist. Es wird ja auch forte im Sinne von „glücklicher Weise" oder „im günstigen Fall" oder „nach Beschaffenheit des Falles" gebraucht, vgl. l. 33 § 1 D. eod.

[1] l. 20 § 21 D. eod.... et si quidem res apud emptorem extent nec deperditae nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor aut, si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum quantum in litem esset iuratum; at ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium debet praestari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet. l. 21 Deperditum intelligitur, quod in rerum natura esse desiit, deminutum vero, quod usucaptum esset et ob id de hereditate exiit. Das iuramentum in litem findet heute nicht Statt, R.-C.-P.-O. § 260.

[2] l. 36 § 3 D. eod. Si praedo dolo desiisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura et si eadem causa

morosus iſt, gilt der Satz des SC. Iuventianum: qui dolo desiit possidere, ut possessor condemnatur, sive ab alio res possideatur, sive in totum non extet,[1] weil er von Anfang an auch für Caſus haftet. Für den m. f. possessor, der vor der Ladung, und für den b. f. possessor, der nach der Ladung verkauft hat, gilt der Satz nicht. Von ihnen kann der Erbe nur im Fall der Culpa nach ſeiner Wahl den Werth der Sachen oder den Kaufpreis fordern, dagegen blos den Kaufpreis, wenn die Sachen durch denſelben Caſus wie beim Käufer auch beim Poſſeſſor untergegangen wären. Dann fehlt die Culpa des Beklagten, und für Caſus haftet der b. f. possessor überhaupt nicht, der m. f. possessor erſt nach der Ladung.[2]

In allen andern Fällen beſchränkt ſich die Forderung des Erben nur dann auf den Kaufpreis, wenn der Caſus ein Fatum,[3] und wenn der Verkauf ein nothwendiger war, den der Erbe rati-

---

possessionis mansisset: quantum ad verba senatus consulti melior est causa praedonis quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur atque si possideret, nec adiectum esset, „si res interierit“. Sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis quam bonae fidei possessor: itaquo et si pluris venierit, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur; alioquin lucretur aliquid praedo.

[1] l. 25 § 8 D. eod.

[2] l. 40 pr. . . si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea, et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. Selbſtverſtändlich gilt das vom Prädo Geſagte auch von dem ihm nach der Ladung gleichſtehenden m. f. possessor, qui litigare maluit quam restituere, l. 82 § 2 D. de V. O. (45. 1).

[3] l. 16 pr. D. de R. V. (6. 1) . . . non enim post litem contestatam utique et fatum praestare debet. § 1. Culpa non intelligitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit, licet ea perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit.

habiren muß.[1] Beim nothwendigen Verkauf geht die h. p. nur auf den bona fide gelöſten Preis, beim Verkauf propter negotiationem auf den Preis, den der Beſitzer bei gehöriger Geſchäftskenntniß hätte löſen müſſen.[2] Dieſe höhere Aeſtimation des Preiſes tritt ſelbſtverſtändlich auch dann ein, wenn der Erbe freiwillig ſtatt der Sachen den Preis fordert,[3] und wenn der Beſitzer den Preis verloren hat, ſei es durch Culpa oder durch einen Caſus, den er präſtiren muß.[4] Und die freie Wahl zwiſchen dem Preiſe und den Sachen oder ihrem Werth hat der Erbe auch bei einem Verkauf der nicht nothwendig war,[5] den aber der Beſitzer, weil er im Intereſſe der Erbſchaft lag, nicht unterlaſſen konnte, ohne ſich haftbar zu machen.[6] Sind die Sachen unter ihrem Werth verkauft,

[1] l. 20 § 2 D. de H. P. (5. 3) . . . quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire quam pretium. l. 53 D. eod. Non solum ad res alienum hereditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed et si impensae necessariae in rem hereditariam factae sunt a possessore, vel si mora periturae deterioresve futurae erant.

[2] l. 48 D. eod. In aestimationibus hereditatis ita venit pretium venditae hereditatis, ut id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis causa veniit: sin autem ex fideicommissi causa, nihil amplius quam quod bona fide accepit.

[3] l. 20 § 21 D. eod.

[4] l. 18 pr. D. Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. Sed Labeo putat eum teneri, quia suo periculo male argentario eredidit: sed Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has gitur actiones petitione hereditatis teneri. Mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet, in altero vero, qui bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur. Die Stelle ſpricht von einem Verkauf vor der Ladung und von einem male credere, alſo von Culpa; nach der Ladung würde auch der b. f. possessor für Culpa, und der m. f. possessor für den caſuellen Verluſt haften, der Präbo ſchon vor der Ladung.

[5] Vgl. l. 22 D. eod. . . . dicimus electionem esse debere actoris.

[6] l. 33 § 1 D. eod. Iulianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestaturum: imputaretur enim ei, si non distraxisset. l. 20 § 16 D. eod. . . . fortassis possit petitor eligere . . vgl. S. 344. Note 3 a. E.

so muß der Erbe das verum rei pretium zur Ausgleichung der ihm zugefügten Beschädigung beanspruchen können; sind sie um ihren wahren Werth verkauft, so muß er diesen verlangen können, weil er Sachen, die für die Erbschaft keinen Nutzen haben oder dem Verderben ausgesetzt sind, selbst so verkauft haben würde; und sind sie über ihren Werth verkauft, so muß auch das Plus dem Erben zufallen, weil eine Bereicherung aus der Erbschaft, wenn schon für den b. f. possessor, um so mehr für den m. f. possessor ausgeschlossen ist.[1] Wie die Sache mit den Früchten, so muß eventuell der Preis, er mag schon gezahlt oder noch creditirt sein, mit Zinsen restituirt werden:[2] vom Prädo mit Zinsen seit Abschluß des Kaufes, vom m. f. possessor mit Zinsen seit Kenntniß der Ladung.[3] Neben dem fictus possessor haftet der verus possessor hereditatis: ab utroque hereditas peti possit, et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur; auch hinsichtlich der Früchte ambo teneri post senatus consultum dicendum erit.[4]

So müssen bei allen erbschaftlichen Geschäften des Erbschaftsbesitzers die Grundsätze der negotiorum gestio in Verbindung mit den Vorschriften des SC. Iuventianum zur Anwendung gebracht werden. Hat der Prädo oder m. f. possessor Sachen gekauft, die für die Erbschaft nothwendig waren, so muß der Erbe ratihabiren, gleichviel ob sie mit eigenem oder mit erbschaftlichem Gelde gekauft sind: es kommen in die h. p. nur die gekauften Sachen, aber wenn sie wegen Culpa zu theuer gekauft sind,[5] auch das, quod plus fuit in hereditate,[6] so daß beim Kauf mit eigenem Gelde nur das verum pretium dem Possessor zu restituiren ist. Kaufte der Possessor mit eigenem Gelde und sui causa, so hat er überhaupt kein nego-

[1] l. 36 § 3 D. eod. vgl. S. 345 Note 2.

[2] l. 20 § 15 D. eod.

[3] l. 20 § 11, § 12 i. f.

[4] l. 25 § 8—10 D. eod.

[5] l. 20 pr. D. cod. Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, utputa mancipia pecoraque et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata: et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient, si vero non pecunia hereditaria videndum erit: et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituro herede.

[6] l. 48 D. eod.

tium hereditarium geführt.[1] Kaufte er mit erbſchaftlichem Gelde sui causa, oder sine causa, oder zwar im Intereſſe der Erbſchaft, aber sine necessitate, ſo hat der Erbe die Wahl, ob er ratihabiren und die Sachen mit den Früchten, oder ob er nicht ratihabiren und das verausgabte Geld mit den Zinſen fordern will.[2] In gleicher Weiſe ſteht ihm, wo der Prädo oder m. f. possessor erbſchaftliches Geld zum Darlehn gegeben hat, die Wahl zu, die h. p. auf Kapital und Zinſen, oder auf Ceſſion der Darlehensforderung anzuſtellen, während er vom b. f. possessor, der vor der Ladung erbſchaftliches Geld ausgeliehen hat, nur das zurückgezahlte Capital und die gezogenen Zinſen, oder die Ceſſion der Darlehensforderung beanſpruchen darf.[3]

5. Einreden und Gegenanſprüche des Beklagten.

§ 52.

Die Einreden des Erbſchaftsbeſitzers gegen die h. p. ſind die Einrede des Singulartitels und die Einrede der Klagverjährung.[4] Seine Gegenanſprüche können Cautions-, Reſtitutions- und Abzugsanſprüche ſein; ſie beruhen auf dem Grundſatz: petitor non debet

---

[1] Vgl. Seite 335 a. E.

[2] l. 20 § 1 D. eod. . . si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi; at si sui causa emit, pretium venire.

[3] l. 30 D. eod. Iulianus scribit actorem eligere debere, utrum sortem tantum an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non observabimus, quod senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri quatenus locupletior sit. Quid enim si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore haec tantummodo eum praestare debere, id est vel sortem et usuras eius si et eas percepit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris.

[4] Irrthümliche Anerkennung des Teſtaments begründet keine Einreden gegen die h. p., l. 8., l. 43. 44 D. de H. P. (5. 3), ebenſowenig die erfolgloſe Anfechtung des Teſtaments als testamentum falsum oder inofficiosum, wenn die Erbſchaft aus einem anderen Grunde vindicirt wird, l. 47 D. eod. c. 3 C. h. t. (3. 31). Vgl. Dedekind, Die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen. S. 13 ff. (1872).

ex aliena iactura lucrum facere, und ſie dürfen erſt nach der richterlichen Entſcheidung über das Erbrecht in der Liquidationsinſtanz geltend gemacht werden.[1]

1) Die Einrede des Singulartitels[2] nöthigt den Erben zur Anſtellung der Singularklagen, bei denen er den doppelten Beweis zu führen hat, daß der Erblaſſer oder die Erbſchaft die beanſpruchten singulas res erworben habe, und daß ſie auf ihn titulo hereditario übergegangen ſeien.

2) Die Einrede der Klagverjährung iſt begründet, wenn ſeit dem Tage, wo der beklagte possessor hereditatis wurde,[3] die Verjährungsfriſt abgelaufen iſt.[4] Es kommt nicht in Betracht, wenn ein Theil der res hereditatis erſt ſpäter von ihm in Beſitz genommen wurde, weil mit der h. p. nicht wie mit den Singularklagen die singulae res hereditariae vindicirt werden, ſondern die universitas der res hereditatis, welche der Beklagte zur Zeit des Urtheils beſitzt.[5]

3) Cautionsanſprüche hat der Poſſeſſor bei der Reſtitution von res hereditatis, die er mit der Verpflichtung zu einer noch geſchuldeten Gegenleiſtung erworben hat; und Reſtitutionsanſprüche hat er, wenn dieſe Gegenleiſtung von ihm bereits aus eigenem Vermögen gemacht iſt. Beim Verkauf von Erbſchaftsſachen muß der Erbe, der die Ceſſion der Forderung auf den Kaufpreis einklagt, caviren, daß er den Poſſeſſor gegen die Klage des Käufers auf das Kaufobject vertreten werde;[6] und den Kaufpreis, den der Poſſeſſor beim Kauf von Sachen für die Erbſchaft mit eigenem Gelde bezahlt hat, muß der Erbe ihm reſtituiren.[7]

4) Abzugsanſprüche hat der Poſſeſſor: a) wegen Zahlungen, die er an Erbſchaftsgläubiger machte: der b. f. possessor gegen Ceſſion ſeiner condictio indebiti, der m. f. possessor gegen Caution,

---

[1] c. 12 § 1 b C. de P. H. (3. 31) Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 49.
[2] Vgl. § 50 S. 321. 327.
[3] Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 186, Bd. 39 Nr. 85. 286.
[4] c. 3 C. de praescr. trig. ann. (7. 39).
[5] Vgl. § 50 S. 319.
[6] l. 20 § 20 D. de H. P. (5. 3).
[7] l. 20 pr. D. eod.

daß er den Erben gegen die Klage der Gläubiger vertreten werde;[1] b) wegen nicht geſchuldeter Vermächtniſſe, die er bona fide gezahlt hat;[2] c) wegen ſeiner eigenen Forderungen gegen den Erblaſſer oder die Erbſchaft: der b. f. possessor ſtets, auch bei Forderungen aus Naturalobligationen, der m. f. possessor nur, wenn er ſich, z. B. bei Forderungen unter einer Conventionalſtrafe, ohne Selbſtbefriedigung aus der Erbſchaft haftbar machen würde, weil das Intereſſe der Erbſchaft ſie fordert;[3] d) wegen der Impenſen, die er auf die beſeſſenen res hereditatis machte: der b. f. possessor kann alle impensae — necessariae, utiles und voluptuariae — in Abzug bringen,[4] auch wenn die Sache oder ihre Wertherhöhung durch die Verwendungen nicht mehr vorhanden iſt,[5] ſofern ſie nicht erſt nach der Ladung durch ſeine Culpa unterging. Dem m. f. possessor ſteht nur der Abzug der impensae necessariae und utiles zu,[6] und nur dann, wenn die Sache oder ihre Wertherhöhung nicht vor der Ladung durch ſeine Culpa, oder nach der Ladung durch Culpa oder Caſus untergegangen iſt, dem praedo autem non aliter, quam si res melior sit;[7] wegen überflüſſiger Koſten hat er nur das ius tollendi.[8] Die zum Zweck der Fruchtziehung gemachten Impenſen kann aber, weil Früchte nur deductis impensis zu reſtituiren ſind, jeder Poſſeſſor in Abzug bringen,[9] wenn aber keine Früchte gezogen ſind, nur der b. f. possessor.[10]

II. Poſſeſſoriſche Univerſalklagen.

1. Interdictum quorum bonorum und ſ. g. missio Hadriana.*

§ 53.

Die Theorie des interdictum quorum bonorum und der

[1] l. 31 pr. D. eod.; vgl. § 51 S. 337 Note 3. c. 5 C. h. t. (3. 31).
[2] l. 17 D. eod., vgl. § 51 S. 338 Note 1.
[3] l. 31 § 1. 2 D. eod. c. 4 C. h. t. (3. 31), dazu § 2 S. 51 in d. Note.
[4] l. 37 D. eod. l. 25 § 11 D . . . ne in totum damno afficiantur . . .
[5] l. 38 i. f. D. eod.
[6] l. 38. 39 pr. D. eod.
[7] l. 38 i. f. D. eod.
[8] l. 39 § 1 D. eod.
[9] l. 36 § 5 D. eod.
[10] l. 37 D. eod.

* D. 43. 2, C. 8. 2 Quorum bonorum. C. 6. 33 de edicto divi

ſ. g. missio Hadriana, die man auch das remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo nennt, hat ihre Ausbildung im Anſchluß an das Juſtinianiſche Recht durch die gemeinrechtliche Praxis erhalten. Beide Rechtsmittel ſtehen im engſten Zuſammenhang: ſie haben denſelben Zweck und denſelben Gegenſtand.[1] Beide bezwecken als poſſeſſoriſche Univerſalklagen die Erlangung des commodum possessoris im Proceß über die h. petitio: praeparant causam et ad possessionem temporariam pertinent.[2] Sie gehen auf Einweiſung in den Beſitz der corpora hereditaria, welche der Erblaſſer bei ſeinem Tode beſaß oder detinirte, und beruhen auf folgendem Grundſatz: von den ſich gegenüberſtehenden Erbprätendenten müſſen diejenigen im Erbſchaftsproceß die vortheilhaftere Rolle des Beklagten haben, die für den Erwerb des beſtrittenen Erbrechts mehr beweiſen können, weil ſie nach dem Proceßrecht aus dieſem Grunde plus iuris habent und daher potiores haberi debent.[3]

Der interdictum quorum bonorum iſt ein interdictum adipiscendae possessionis der Inteſtaterbprätendenten,[4] die nicht de iure hereditario, ſondern nur de possessione hereditatis ſtreiten wollen.[5] Es iſt nicht gerichtet auf eine richterliche Entſcheidung

---

Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur. C. 3. 20 ubi de hereditate agatur et ubi scripti heredes in possessionem mitti postulare debent. Leiſt in Glücks Comment. Serie d. B. 37 u. 38 II. S. 393 ff., v. Vangerow, Pand. § 509, 510, Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 193, Brinz, Pand. § 406 (2. Aufl.) Windſcheid, Pand. § 617, Strippelmann, Entſcheid. d. O. A. G. zu Caſſel Bd. 6, S. 111 ff. (1851), Gerau, Zeitſchr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 10 S. 281 ff. (1844), Ubbelohde, Arch. f. civ. Pr. Bd. 70 S. 42 ff. (1886).

[1] Sie werden deshalb in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis als ein einheitliches Inſtitut betrachtet, und die Beſitzeinweiſung, auf welche beide gerichtet ſind, wird als Einſatz oder gerichtlicher Einſatz bezeichnet. Leiſt a. a. O. S. 431. Seuffert, Bd. 2 Nr. 77.

[2] Vgl. S. 354 u. § 1 S. 32 Note 6.

[3] Vgl. § 47.

[4] c. 1—3 C. h. t. (8. 2). Leiſt a. a. O. S. 429, 432.

[5] l. 1 § 1 D. h. t. (43. 2). Hoc interdictum restitutorium est et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet, et appellatur „Quorum bonorum“ et est adipiscendae possessionis universorum bonorum. § 3 I. de int. (4. 15).

über das Erbrecht,[1] ſondern nur auf eine Entſcheidung über die Frage, welche Partei mehr für das von ihr behauptete Erbrecht beweiſen, und deshalb den Anſpruch auf das commodum possessoris im Petitorium hat.[2] Nach dieſem ſeinem Zweck kann es, wie die h. petitio, auch nur unter Erbprätendenten angeſtellt werden,[3] aber nicht blos gegen Inteſtaterbprätendenten, ſondern auch gegen Teſtamentserbprätendenten, denen die Vorausſetzungen der ſ. g. missio Hadriana nicht zur Seite ſtehen.

Die ſ. g. missio Hadriana beruht auf einer Conſtitution Juſtinians.[4] Nach ihr ſoll der in einer äußerlich fehlerfreien Teſtamentsurkunde eingeſetzte Erbe den Anſpruch auf Einweiſung in den Beſitz derjenigen Erbſchaftſachen haben, quae testatoris mortis tempore fuerunt,[5] und im Fall des Widerſpruchs ſeitens eines Erbprätendenten der Partei der Beſitz zuerkannt werden, die die potiora iura ostenderit. Auch hier wird nicht über das Erbrecht geſtritten, ſondern nur über die Frage, welche Partei als potior den Beſitz erhalten muß, und welche Partei deshalb, wenn ſie ihr Erbrecht verfolgen will, im nachfolgenden Erbſchaftsproceß die Rolle des Klägers mit dem onus probandi zu übernehmen

---

[1] Dies iſt heute unbeſtritten, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 279. Ueber die Controverſe, ob nach römiſchem Recht das interd. quorum bonorum ein eben ſo definitiv über das Erbrecht entſcheidendes Rechtsmittel war, wie die h. petitio vgl. v. Bangerow a. a. O. § 509 und die dort Citirten.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 279 Note 1.

[3] l. 1 pr. D. h. t. (43. 2)... quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides... restituas.

[4] c. 3 C. de ed. d. Hadr. toll. (6. 33). Die von Hadrian eingeführte Miſſio war durch drei Vorausſetzungen bedingt: gerichtliche Teſtamentseröffnung, ſofortige Entrichtung der Erbſchaftsſteuer und Klage innerhalb Jahresfriſt. Um dieſe Bedingungen aufzuheben, hat Juſtinian in der c. 3 cit. den Anſpruch auf die Miſſio neu geregelt; vgl. Paul. R. S. III. 5 § 16.

[5] c. 3 cit... sancimus, ut si quis (heres scriptus) ex asse vel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat.

hat:[1] sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in indicio competenti causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, sive qui missus est sive qui antea detinens contradicendum putavit.[2]

I. Für das interdictum quorum bonorum gelten hiernach folgende Grundſätze:

1) Kläger können nur Inteſtaterbprätendenten ſein,[3] gleichviel ob ſie auch Erbſchaftsbeſitzer ſind oder nicht. Den Univerſalfideicommiſſaren, Legataren und dem Käufer der Erbſchaft, die kein directes bez. überhaupt kein Erbrecht haben, ſteht das Interdict nicht zu.[4]

2) Beklagter kann nur der Beſitzer pro herede oder pro possessore ſein, auch der, qui dolo desiit possidere,[5] aber blos der corporis possessor, nicht der iuris possessor, alſo nicht der Erbſchaftsſchuldner, weil Erbſchaftsſchulden nicht ohne den Beweis des Erbrechts eingeklagt werden können.[6] Befindet ſich

---

[1] Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 317.

[2] c. 3 cit. § 1.

[3] c. 1 C. quor. bon. (8. 2) . . . interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse . . . probaveris. c. 3 eod. Constat, virum a bonis intestatae uxoris superstitibus consanguineis esse extraneum . . . . Ergo iubemus, ut . . . per interdictum quorum bonorum in petitorem corpora transferantur. c. 2 C. eod. Si . . . . intestato . . . quaesisti . . . Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 77, Bd. 3 Nr. 279 Note 1, Bd. 7 Nr. 71.

[4] Dieſe Perſonen ſchließt die Praxis nach den S. 357 Note 9 citirten Erkenntniſſen von der missio Hadriana und damit implicite vom interd. quorum bonorum aus, weil ſie beide Rechtsmittel nach gleichen Grundſätzen behandelt, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 39.

[5] l. 1 pr. D. h. t. (43. 2). Ait Praetor: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. c. 2 C. h. t. (8. 2). Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 75 sub 2, Bd. 28 Nr. 39. Vgl. Lenel, Ed. perp. S. 361.

[6] l. 2 D. eod. Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 230. 284.

der Nachlaß in den Händen des Gerichts, ſo muß, um die Anſtellung des Interdicts zu ermöglichen, wie bei der h. petitio vom Richter ex officio ein Sequeſter beſtellt werden, der Namens der ſtreitenden Erbprätendenten den Nachlaß betinirt.[1] Bei einem Beſitzeinweiſungsgeſuch ohne Gegner handelt es ſich um einen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[2]

3) Gegenſtand des Interdicts können nur die corpora hereditaria ſein, an welchen der Erblaſſer beim Tode das Corpus hatte:[3] im Beſitzproceß darf nur über das Factum des Beſitzes verhandelt werden, nicht über die vermögensrechtliche Frage, ob die Sachen in bonis oder ex bonis defuncti waren,[4] und deshalb auch nicht über die causa possessionis des Erblaſſers.[5]

4) Das Beweisthema des Klägers beſchränkt ſich auf den Beweis ſeiner Verwandtſchaft oder der Ehe mit dem Erblaſſer,[6] und auf den Beweis, daß der Erblaſſer zur Todeszeit das Corpus der eingeklagten Sachen hatte. Den Beſitztitel des Beklagten hat

---

[1] Vgl. § 48 S. 300 Note 1. Abweichend Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 279.

[2] § 48 S. 300 Note 2. Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 112, Bd. 3 Nr. 281.

[3] c. 2 C. h. t. (8. 2) . . . quae cum moreretur eius fuerunt . . . Wie dieſe Worte zu verſtehen ſind, ergiebt ſich aus Paul. R. S. III. 5 § 18. In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus, priusquam iure ordinario experiatur, improbe mitti desiderat. Die Stelle ſpricht von der missio Hadriana, von der in c. 3 pr. C. 6. 33 (S. 353 Note 5), auch geſagt iſt, ſie erſtrecke nur auf die res, quae testatoris mortis tempore fuerunt. Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 141.

[4] Vgl. § 50 S. 321 Note 3 ff.

[5] Vgl. l. 1 § 2 D. de superfic. (43. 18) . . . neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi clam precario ab adversario possideat. Beim interd. quor. bonor. iſt nur zu unterſuchen, ob der Verklagte Sachen beſitzt, die der Erblaſſer beim Tode in der Detention hatte, und ob er ſie pro herede oder pro possessore beſitzt.

[6] Dieſe Thatſachen müſſen wirklich bewieſen werden (S. 354 Note 3), nicht blos beſcheinigt oder in Gemäßheit der R. C. P. O. § 266 blos glaubhaft gemacht, vgl. Planck, Lehrb. d. deutſch. Civilproceßr. S. 360 ff., Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 71, Bd. 3 Nr. 279.

er, wie bei der h. petitio, nicht zu beweiſen. Auch beim Interdict gilt der Beklagte als possessor pro possessore, wenn er nicht beweiſt, daß er pro herede oder titulo singulari beſitzt.[1]

5) Die Einreden des Beklagten können nur darauf gerichtet ſein, daß er wegen näherer Verwandtſchaft mit dem Erblaſſer, oder als inſtituirter Erbe auf Grund der missio Hadriana dem Kläger vorgehe,[2] daß er titulo singulari beſitze,[3] oder als Detentor des Erblaſſers aus Obligationsverhältniſſen,[4] oder daß die Verjährung eingetreten ſei.[5] Durch den Beweis dieſer Einreden wird das Interdict elidirt; beweiſt der Beklagte, daß er ein gleich nahes Inteſtaterbrecht habe, ſo beſchränkt ſich der Anſpruch des Klägers auf Einräumung des Mitbeſitzes.[6] Alle petitoriſchen Einreden müſſen, wie in jedem Beſitzproceſſe, auch hier vom Richter ex officio abgewieſen werden, aber secundaria actione proprietatis non exclusa.[7] Die Einrede, daß der Kläger wegen Erbunfähigkeit oder Indignität kein Inteſtaterbrecht habe, iſt ebenſo unzuläſſig wie die Einrede, Beklagter habe die Sachen aus dem Nachlaß apprehendirt, weil er Eigenthümer ſei, oder er habe ſie pro herede

[1] Vgl. § 50 S. 327 Note 1 ff.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 279 Note 1 a. E. Leiſt a. a. O. S. 448, Brinz a. a. O. Note 7.

[3] Die Einrede, daß er die eingeklagten Sachen nicht aus der Erbſchaft apprehendirt, ſondern nach dem Tode des Erblaſſers von einem Andern legitimo modo erworben habe, kann dem Beklagten nicht verſagt werden, weil das Interdict gegen ihn nur begründet iſt, wenn er pro herede oder pro possessore beſitzt. Deshalb wird denn auch von der missio Hadriana in der S. 353 Note 5 citirten c. 3 C. (6. 33) ausdrücklich geſagt, daß ſie nur zuläſſig ſei, wenn die res, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non legitimo modo ab alio detinentur. Vgl. v. Bangerow a. a. O. § 510 sub 1, Seuffert, Arch. Bd. 28 Nr. 39, Bd. 3 Nr. 279 Note 1. A. M. Leiſt a. a. O. S. 445 u. Brinz a. a. O.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 285.

[5] S. 359 Note 1.

[6] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 380, Bd. 29 Nr. 151.

[7] c. 3 § 1 C. h. t. (8. 2) ... Ergo iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis per interdictum quorum bonorum in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa. Paul. R. S. III. 5. 14 ... salva disceptatione ... Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 279 Note 1. Vgl. c. un. C. Th. Quorum bonorum (4. 21), aus der die c. 3 cit. entnommen iſt.

uſucapirt. Dieſe Uſucapion iſt dem Interdict wie der h. p. gegenüber wirkungslos.[1]

6) Das Urtheil geht auf Zuerkennung des Beſitzes oder des Mitbeſitzes der universa corpora hereditaria, welche der Beklagte hat,[2] bis zur definitiven Entſcheidung über das Erbrecht bezw. über das Eigenthum. Damit regulirt es die Parteirollen für das Petitorium, wenn der unterliegende Litigant mit dem ſiegreichen noch einen Erbſchafts- oder Eigenthumsproceß führen will. Die exceptio rei indicatae begründet daher das Urtheil blos für den Fall, daß die Litiganten die Beſitzfrage noch einmal zum Gegenſtande des Streites machen: nur dann ſtreiten ſie de eadem quaestione.

Unvermögenheit des Imploranten iſt kein Hinderniß der Beſitzeinweiſung und kein Grund, ihm eine Caution aufzulegen oder eine Sequeſtration anzuordnen;[3] auch eine vorgängige Edictalcitation Zwecks Ermittelung der wahren Erben ſetzt die Immiſſion nicht voraus.[4]

II. Der Anſpruch auf die ſ. g. missio Hadriana kann wie durch Einrede gegen das interdictum quorum bonorum auch durch Klage geltend gemacht werden.

Dieſe Klage ſteht nur einem Erbprätendenten zu, der das directe Erbrecht aus einem Teſtament für ſich in Anſpruch nimmt,[5] aber wie dem Inſtitutus auch dem Subſtitutus,[6] auch dem aus dem gemeinſchaftlichen Teſtament des letztlebenden Ehegatten,[7] und auch dem heres ex certa re, ſoweit er Univerſalſucceſſor iſt.[8] Univerſalfideicommiſſare und Legatare haben die Klage nicht.[9]

---

[1] Vgl. S. 354 Note 5 u. § 51 S. 340 Note 2.

[2] Vgl. § 50 S. 319 Note 1 ff.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 75 sub 5.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 278.

[5] c. 3 pr. C. h. t. (6. 33) . . . si quis ex asse vel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit.

[6] Paul, R. S. III. 5 § 15.

[7] Seuffert, Arch. Bd. 14 Nr. 103.

[8] Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 317, dagegen Bd. 3 Nr. 286.

[9] Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 50, Bd. 9 Nr. 317.

Das Beweisthema des Klägers begreift den Beweis der Erbeinsetzung durch Production einer äußerlich fehlerfreien Testamentsurkunde,[1] oder eines testamentum nuncupativum per scripturam redactum,[2] oder eines fehlerfreien Erbvertrages,[3] und den Beweis, daß der Erblasser beim Tode das Corpus der eingeklagten Erbschaftssachen hatte.

Hinsichtlich des Beklagten, des Gegenstandes der Klage,[4] der Einreden[5] und des Urtheils[6] gelten die Grundsätze des interd. quorum bonorum. Die Klage kann daher nur ausgeschlossen werden: a) durch Production einer jüngeren fehlerfreien Testamentsurkunde, während ein zweites Testament von gleichem Datum dem instituirten Beklagten blos den Anspruch auf den Mitbesitz giebt;[7] b) durch den Beweis, daß Beklagter als Instituirter dem nur als Substituten eingesetzten Kläger vorgehe;[8] c) durch den Beweis des Besitzes titulo singulari[9] oder aus Obligationsverhältnissen mit dem Erblasser;[10] d) durch den Beweis, daß

---

[1] c. 3 cit. pr. . . testamentum . . quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum . . Daher hat der Kläger weder die Unterschrift des Testators, noch die Fähigkeit der Zeugen zu beweisen, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 229 sub 2. Dagegen ist zu den sichtbaren Fehlern zu rechnen, wenn die zur Hinterlegung eines Testaments ausgestellte Vollmacht sich als mangelhaft erweist, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 282.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 75 sub 1.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 22 Nr. 56.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 284 und dagegen Bd. 6 Nr. 229, wo auch die Immission in unkörperliche Sachen für zulässig erachtet ist.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 70.

[6] c. 3 cit. § 4 i. f. . .

[7] Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 282, Bd. 6 Nr. 229 sub 3.

[8] Paul. R. S. III. 5 § 15. Si inter heredem institutum et substitutum controversia sit, magis placet eum in possessionem rerum hereditariarum mitti qui primo loco scriptus est.

[9] Vgl. S. 356 Note 3. Es ist hier wie bei der h. p. (§ 50 S. 328 Note 1 ff.) die Ansicht zu verwerfen, daß schon die Vorschützung eines Singulartitels zur Ausschließung der Immissionsklage und des interd. quor. bon. genüge; er muß bewiesen werden, aber, wenn er bewiesen ist, darf im Besitzproceß über seine Richtigkeit und Kenntniß der Richtigkeit nicht weiter verhandelt werden, während dem Erben im Petitorium ein darauf gerichteter Beweis zusteht; abweichend Seuffert, Arch. Bd. 28 Nr. 39.

[10] Vgl. S. 356 Note 4.

bereits die petitorischen Klagen wegen Verjährung oder Eigenthumserſitzung erloſchen ſeien und e) durch die Verjährung der Immiſſionsklage ſelbſt, für die nach Juſtinaniſchem Recht die regelmäßige Friſt läuft, eine Vorſchrift, die auf das interd. quor. bonor. ausgedehnt werden muß.[1] Die materielle Gültigkeit des Teſtaments darf im Poſſeſſorium nicht erörtert werden. Alle Einwendungen die ſich auf nicht ſichtbare Mängel des Teſtaments gründen, wie der Mangel der unitas actus, der Teſtirfähigkeit des Erblaſſers, Ungültigkeit der Dispoſition wegen Zwang, Irrthum, Fälſchung oder Inofficioſität des Teſtaments, Beſchränkung der Teſtirfähigkeit durch ein früheres correſpectives Teſtament oder durch Erbvertrag, und alle petitoriſchen Einreden müſſen vom Richter salva disceptatione abgewieſen werden.[2] Auch der Umſtand, daß das Teſtament bereits durch Anſtellung der h. p. intestati als nichtig angefochten iſt, ſteht der Immiſſionsklage des inſtituirten Erben nicht entgegen.[3]

Die Cumulation des Poſſeſſorium mit dem Petitorium[4] iſt nach heutigem Recht unzuläſſig.[5]

---

[1] c. 3 cit. § 2. Nullis angustiis temporum huiusmodi missione coarctanda... § 3. nullum ei temporis obstaculum obiciatur, nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem et suppr dominio praestare, vel ipsi qui missus est omnem intentionem excludere. § 4. Si enim vel ex una parte vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrit, manifestissimum est, non solum missionem, sed etiam principalem causam esse sopitam. Bei dieſen Worten iſt zu beachten, daß beide Parteien Erbſchaftsbeſitzer ſein können, und hinſichtlich der Eigenthumserſitzung, daß ſie für den b. f. emptor hereditatis möglich iſt; nur die usucapio pro herede bleibt den poſſeſſoriſchen Klagen wie der h. p. gegenüber wirkungslos; vgl. § 49 S. 311 Note 2. Im vorjuſtinianiſchen Recht verjährte die missio Hadriana in Einem Jahr, Paul. R. S. III. 5 § 16.

[2] Paul. R. S. III. 5 § 14. Sive falsum sive ruptum sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione scriptus heres iure in possessionem mitti desiderat. Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 75 sub 4, Bd. 9 Nr. 317 a. E., Bd. 17 Nr. 70. Es giebt aber Gerichte, welche Einreden wegen innerer Teſtamentsmängel geſtatten, wenn ſie ſofort bewieſen werden können nach dem Grundſatz: vitium visibile est, quod in continenti probari potest, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 283, Bd. 6 Nr. 229 sub 4.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 75 sub 3.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 71.

[5] R.-C.-P.-O. § 232.

2. S. g. missio ex Carboniano edicto.*

§ 54.

Ein unmündiger Descendent, dem ſein Erbrecht aus keinem andern Grunde beſtritten wird, als wegen Beſtreitung des Kindesverhältniſſes, hat auf Grund des Carbonianiſchen Edicts, wenn ſich nach richterlicher causae cognitio das Kindesverhältniß als glaubhaft erweiſt, eventuell zwei Anſprüche: den Anſpruch auf den Beſitz der Erbſchaftsſachen, wie wenn die Kindſchaft nicht ſtreitig wäre, und nach Umſtänden auch den Anſpruch auf Ausſetzung des Erbſchaftsſtreits, auf Ertheilung der bonorum possessio und auf Alimentation aus der Erbſchaft bis zum Alter der Mündigkeit.[1]

Das wegen Beſtreitung des Kindesverhältniſſes[2] beſtrittene Erbrecht kann ein Inteſtaterbrecht ſein,[3] oder ein teſtamentariſches Erbrecht, wenn der Erbe in ſeiner Eigenſchaft als Kind inſtituirt iſt,[4] oder auch ein Inteſtaterbrecht in Geſtalt des Notherben-

---

* D. 37. 10, C. 6. 17 de Carboniano edicto. Leiſt in Glücks Comment. Ser. d. Büch. 37 u. 38 Th. IV S. 67 ff. S. 134 ff., v. Bangerow, Paud. § 512, Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 194 sub B, Ubbelohde, Arch. f. civil. Pr. Bd. 61 S. 16 ff., S. 41 ff.

[1] l. 1 pr. D. h. t. (37. 10). Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur l. 20 D. de inoff. testam. (5. 2) . . . ut interim et possideat et alatur et actionibus praeiudicium non patiatur . . . l. 3 § 3 D. h. t. Puberi minori viginti quinque annis Carbonianum non succurrit. Das prätoriſche Erbrecht der liberi, auf welches ſich das Edict bezog, l. 1 § 2. 3 D. h. t., hat ſich im Juſtinianiſchen Recht zu einem Erbrecht der Deſcendenten ausgebildet. Deshalb muß das Edict ausgedehnt werden auf ſämmtliche Deſcendenten, auf die leiblichen wie auf die adoptirten, l. 7 pr. § 1 D. eod. Windſcheid a. a. O. Note 1. A. M. Leiſt a. a. O. S. 134 ff.

[2] Dieſe Beſtreitung kann durch die Behauptung jeder Thatſache begründet werden, welche das Kindesverhältniß ausſchließt: l. 1 § 11 D. h. t. si mater subiecti partus arguatur . . l. 1 § 9 D. h. t. . . quod diceret eum ex adulterio conceptum . . l. 7 pr. D. h. t. si impubes negetur iure adoptatus . .

[3] l. 6 § 2 D. h. t. Huic autem edicto locus est etiam si ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi.

[4] l. 3 pr. D. h. t. . . cum et in secundum tabulas in quibus-

rechts,[1] wenn das Kind im Teſtament präterirt oder aus dem Grunde der Illegitimität exherebirt iſt.[2]

Die Klage ex Carboniano edicto kann deshalb angeſtellt werden gegen Inteſtat- oder Teſtamentserben, die dem Kläger gleichſtehen oder nachfolgen,[3] oder auf Grund des Notherbenrechts gegen die inſtituirten Erben,[4] oder gegen den Fiscus, der die Erbſchaft als eine erbloſe für ſich in Anſpruch nimmt, weil er die Kindſchaft beſtreitet.[5] Ueberall bildet aber den Streitgegenſtand nur das Kindesverhältniß;[6] von dieſem allein muß das Erbrecht abhängig ſein, wenn die Carbonianiſche Klage begründet ſein ſoll.[7] Liegt dieſe Vorausſetzung vor, ſo kann das Klagepetitum auf die missio in possessionem beſchränkt, oder es kann auch ausgedehnt werden auf die Dilation des Erbſchaftsſtreites, Ertheilung der

dam casibus possit videri necessarium edictum, veluti si paterfamilias ita instituerit: „postumus heres esto“ vel „postuma heres esto“ et negetur esse verum, quod in testamento scriptum est. l. 1 § 8 D. h. t. . . nisi forte postumus, inquit, est heres institutus et natus negetur esse filius, sed subiectus esse dicetur.

[1] l. 3 pr. D. h. t. Corbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas bonorum possessionem et intestati . . .

[2] l. 1 § 9 D. h. t. . . cum quidam exheredem scripsisset filium, quod diceret eum ex adulterio conceptum, quia fieret ei haec controversia, an inter liberos sit, ex hac parte edicti ei bonorum possessionem competere . . . l. 1 § 4 D. h. t. . . parvi enim refert, quis ei controversiam faciat, cum et si testator eum negaverit ex liberis, . . . Carboniano possit esse locus.

[3] l. 5 pr., l. 8 § 1 D. h. t., l. 2 § 12 D. ad SC. Tert. (38. 17).

[4] l. 3 § 11 D. h. t.

[5] l. 1 § 7 D. h. t.

[6] Si de ipsius filii iure quaeritur, l. 7 § 2. 6 D. h. t., l. 1 § 5. 10, l. 6 § 3, l. 7 pr. D. h. t.

[7] l. 20 D. de inoff. testam. (5. 2). Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere: totiens enim ea indulgenda est, quotiens, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor, ut interim et possideat et alatur et actionibus praeiudicium non patiatur. Qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere nec ali, ne umquam melioris sit conditionis, quam si confitetur adversarius. l. 13 D. h. t. (37. 10).

bonorum possessio und Alimentation bis zum Alter der Pubertas.[1]

In beiden Fällen muß der Richter eine summarische Cognition über das Kindesverhältniß und darüber vornehmen, ob der Kläger Erbe sein würde, wenn dasselbe nicht bestritten wäre.[2] Ergiebt diese Untersuchung zur Evidenz, daß das Kindesverhältniß nicht existirt, so ist die Klage abzuweisen: würden dagegen die vorgebrachten Thatsachen jeden verständigen Mann im täglichen Leben zu der Annahme des Kindesverhältnisses geneigt machen müssen, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind, so ist die erforderliche Begründung der Klage erbracht, und das weitere Verfahren hängt von dem Klagepetitum ab.[3]

Geht das Klagepetitum blos auf missio in possessionem, so erhält der Kläger durch das Urtheil, welches ihm diese zuer-

---

[1] l. 3 § 5 D. h. t. Duae autem sunt causae cognitiones, una dandae Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat, alia causae cognitio illa, utrum differri debeat in tempus pubertatis cognitio an repraesentari.

[2] Deshalb mußte der Kläger auch die bonorum possessio ordinaria agnosciren, l. 3 § 15. 16 D. h. t., die ex prima parte edicti gegeben wurde, l. 4, l. 12 D. h. t. Ueber die vielbesprochene l. 7 § 8 D. h. t. vgl. v. Bangerow, Pand. § 512 sub 3 und Leist a. a. O. S. 103, der statt si filius non esset lesen will si filius repudiasset.

[3] l. 3 § 4 D. eod. Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere: et si quidem absolutam causam invenerit evidenterque probatur filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam; si vero ambiguam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem. Hiernach soll die Besitzeinweisung bedingt sein durch eine, wie die frühere Proceßtheorie sich ausdrückte, Bescheinigung (summatim cognoscere) der Kindschaft: c. 2 C. h. t. (6. 17). Carbonianum edictum sub personis legitimis indubitato matrimonio, custodito partu, et probata legitima successione defertur. Die R. C. P. O. § 266 setzt an die Stelle der Bescheinigung die Glaubhaftmachung. Ueber diese und das summatim cognoscere vgl. Planck a. a. O. S. 360 u. Wetzell, Syst. d. Civilpr. § 29.

kennt,[1] keine bonorum possessio, ſondern nur den Vortheil, daß er ſich, wie wenn ihm die Kindſchaft nicht beſtritten wäre, durch das interdictum quorum bonorum oder die ſ. g. missio Hadriana den Beſitz oder Mitbeſitz der corpora hereditaria und damit das commodum possessoris im Proceß über die h. p. verſchaffen kann.[2] Er hat vorerſt durch die Glaubhaftmachung des Kindesverhältniſſes für ſein Erbrecht mehr bewieſen, als ſein Gegner für ſeinen widerſprechenden Anſpruch, deshalb muß er nach Proceßrecht mehr Recht haben als ſein Gegner: nam vel magis consulendum est his quibus maius periculum intenditur; nam si aliter observetur, inventa erit ratio, quemadmodum audacissimus quisque maiore iniuria impuberem afficiat, quod et plura et graviora de eo mentiatur.[3] Der Gegner kann daher von dem Miſſus als possessor pro herede die corpora hereditaria nur mit Erfolg vindiciren, wenn er durch den Beweis, daß das Kindesverhältniß nicht exiſtirt, ſein Erbrecht zu beweiſen vermag.

Geht das Klagepetitum auch auf Dilation des Erbſchaftsſtreites, auf Ertheilung der bonorum possessio und auf Alimentation bis zur Mündigkeit, ſo beanſprucht der Kläger, daß die definitive Entſcheidung über ſein noch ungewiſſes Erbrecht bis zu dieſem Zeitpunkt hinausgeſchoben, daß er inzwiſchen factiſch als Erbe behandelt werde mit allen Rechten und Pflichten deſſelben, und daß er Unterhalts- und Erziehungskoſten aus der Erbſchaft erhalte ohne

[1] Vgl. E. G. zur R. C. P. O. § 16 Nr. 4.

[2] l. 3 § 13 D. eod. Missum autem ex Carboniano in possessionem student praetores possessorem constituere. Quodsi coeperit aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulas res, rectissime Iulianus ... scribit exceptione eum summovendum: contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum praetor tantisper constituit ... An ſich würde der impubes die poſſeſſoriſchen Klagen auf die corpora hereditaria nicht haben, weil das interdictum quorum bonorum den Beweis des Verwandtſchaftsverhältniſſes vorausſetzt, und eben ſo natürlich die ſ. g. missio Hadriana, wenn der Erbe in ſeiner Eigenſchaft als Kind inſtituirt iſt; vgl. § 53 S. 355 Note 6. Auf Grund der missio Carboniana wird er ſo behandelt, als ob das Verwandtſchaftsverhältniß nicht beſtritten wäre: l. 3 § 5 D. h. t. ... dandae Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut, perinde atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat.

[3] l. 1 § 5 D. h. t.

eventuelle Restitutionspflicht. Hier hat die richterliche Cognition zu prüfen, ob die Aussetzung der Entscheidung über das Kindesverhältniß für den Kläger vortheilhaft erscheint, oder ob sie ihm vielmehr zum Nachtheil gereichen würde.[1] Im letzten Falle darf nur dem klägerischen Antrage auf missio in possessionem statt gegeben,[2] im ersten muß auch auf Aussetzung des Erbschaftsstreits erkannt,[3] die Ertheilung der bonorum possessio aber abhängig gemacht werden von der Bestellung einer cautio de restituendo für den Fall, daß der Kläger nach erlangter Mündigkeit in dem Proceß über sein Erbrecht unterliegen sollte.[4]

Bestellt der Kläger die Caution nicht,[5] so hat der Richter in folgender Weise zu verfahren: a. er darf dem Kläger neben der missio in possessionem nur noch Alimente aus der Erbschaft zuerkennen, und auch dies nur, wenn derselbe keine andern Mittel zu seinem Unterhalt hat;[6] b. er muß stets den Gegner des Klägers mit in den Besitz der Erbschaft einweisen,[7] aber nur pro satisdatione und deshalb ohne Nachtheil für den Kläger: der Gegner darf die Erbschaft nicht vermindern, insbesondere keine Alimente aus derselben ziehen,[8] auch nicht in den Besitz erbschaftlicher Urkunden kommen, die er gegen das Interesse des Klägers

---

[1] l. 3 § 5 D. h. t. . . Hoc autem diligentissime praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis, et maxime inquirere hoc a cognatis matre tutoribusque pupilli debet.

[2] l. 3 § 5 D. verb. Finge — indubitatus esse.

[3] l. 1 § 11 D. h. t... differri quaestio in tempus pubertatis debet, cum metus potest esse, ne minus idonee defendatur. l. 3 § 5 D. h. t. . . . pupillorum causa fit, ne de statu periclitentur, antequam se tueri possint.

[4] l. 3 § 12 D. h. t... sed et absenti erit prospiciendum, ut cautio praestetur.

[5] „Si impubes non defendatur" l. 5 § 1 D. h. t.

[6] l. 5 § 3 D. h. t. . . si satisdare non potuit et aliter alere se videtur non posse, deminuendi causa usque ad id, quod alimentis eius necessarium est, mittendus est: . . . maiorque cura debeat adhiberi, ne fame pereat filius, quam ne minor hereditas ad petitorem perveniat, si apparuit filium non esse.

[7] l. 1 § 1 D. h. t.

[8] l. 6 § 4 D. h. t.

benutzen oder vernichten könnte;[1] c. er muß dem Gegner, wenn er bereit iſt, dem Kläger Caution zu beſtellen, die Verwaltung der Erbſchaft einräumen, aber nur zum Zweck der Cuſtodia.[2] Wird die Caution auch vom Gegner nicht geleiſtet, ſo iſt für die Erbſchaft ein Curator custodiendis bonis zu ernennen, der aus ihr die Alimente zu verabreichen und ſie demnächſt an den Sieger im Erbſchaftsſtreit heraus zu geben hat.[3]

Erfolgt dagegen die Cautionsbeſtellung durch den Kläger, ſo wird er bonorum possessor, und ſein Gegner wird nur mit in den Beſitz der Erbſchaft eingewieſen, wenn auch er zu den Deſcendenten des Erblaſſers zählt.[4] Als bonorum possessor iſt der Kläger nicht proviſoriſch Erbe.[5] Will er die Erbſchaft erwerben, ſo hat er keinen Anſpruch auf Dilation des Erbſchaftsſtreites und auf die bonorum possessio Carboniana.[6] Wenn er darauf klagt, macht er ſelbſt ſein Recht auf die Erbſchaft noch abhängig von der Bedingung des Kindesverhältniſſes. Deshalb kann ihm dieſes Recht nur nach Analogie der missio ventris nomine[7] als ein bedingtes bis zur Mündigkeit reſervirt werden, ſo daß es, wenn die Bedingung demnächſt deficirt, ſo untergeht, als ob es niemals exiſtirt hätte.[8] Pendente conditione kann er nur Beſitzer des Erbrechts werden,[9] alſo ſein Vormund die Erbſchaft nur als eine noch nicht erworbene verwalten.

---

[1] l. 5 § 4 D. h. t.

[2] l. 5 § 2 D. h. t. c. 1 C. h. t. (6. 17).

[3] l. 5 § 1. 5 D. h. t. l. 1 § 4 D. de muner. (50. 4). Vgl. § 2 S. 55. Leiſt a. a. O. S. 118 ff.

[4] l. 5 pr. D. h. t.

[5] A. M. Leiſt a. a. O. S. 114 Note 19: er nimmt eine volle interimiſtiſche Univerſalſucceſſion an; vgl. auch v. Bangerow, Pand. § 512, Windſcheid, Pand. § 619 Note 6.

[6] l. 13 § 13 D. h. t. . . si igitur vult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres, ut ea petitione iudicari possit, an quasi ex liberis heres sit, ne praesumptio Carbonianae bonorum possessionis iniuriam adversariis afferat: quae sententia habet rationem et aequitatem.

[7] Vgl. l. 1 § 15 D. de ventre in poss. mitt. (37. 9).

[8] Vgl. § 4 S. 80 ff.

[9] l. 20 D. de inoff. test. (5. 2.). . ut interim et possideat et alatur et actionibus praeiudicium non patiatur. l. 10, l. 13 D. h. t. (37. 10).

Als Beſitzer des Erbrechts ſtehen ihm und gegen ihn alle actiones hereditariae zu,[1] wie wenn das Kindesverhältniß nicht ſtreitig wäre,[2] aber er hat dieſe Klagen nur als actiones possessoriae:[3] was er mit ihnen einklagt, erhält er zunächſt nur zur temporaria possessio, mit der Pflicht zur Reſtitution, falls er nach der Mündigkeit im Erbſchaftsproceß unterliegt. Als Beſitzer des Erbrechts darf er ferner die Erbſchaft um den Betrag der Alimente und Erziehungskoſten vermindern, auch wenn ſie ihm bei Ertheilung der bonorum possessio nicht ausdrücklich zuerkannt ſind;[4] und ſein Gegner darf ihn in dem Genuß der Erbſchaft vor erlangter Mündigkeit nicht durch Anſtellung der h. p. beunruhigen.[5] Aber als Beſitzer des Erbrechts hat er nicht auch ohne Weiteres in dem künftigen Erbſchaftsſtreit das commodum possessoris, ſondern nur wenn und ſoweit er ſich auf Grund der missio in possessionem und der ertheilten bonorum possessio vor erlangter Mündigkeit in den Beſitz der Erbſchaft geſetzt hat; ſoweit er das nicht gethan,

---

[1] l. 15 D. h. t. Haec bonorum possessio, si satisdatum sit, non tantum ad possessionem adipiscendam, sed ad res etiam persequendas et debitum exigendum et collationem bonorum et dotis et omnium quae conferri diximus prodest. — l. 3 § 12 D. h. t. Cum extaret impubes, qui se filium defuncti diceret, debitoresque negent eum filium esse defuncti et intestati hereditatem ad agnatum ... pertinere, necessarium erit puero Carbonianum edictum. Auch der Gegner des impubes, der mit in den Beſitz eingewieſen iſt, kann ſeine Forderungen an den Erblaſſer gegen den impubes oder eventuell gegen den Curator geltend machen, weil die missio ihn nicht zum Erben macht, l. 5 § 1 i. f. D. h. t. Man hält den Text dieſer Stelle, wohl ohne Grund, für corrumpirt, und hat verſchiedene Emendationen in Vorſchlag gebracht; vgl. darüber Leiſt a. a. O. S. 125 ff.

[2] l. 7 § 4 D. eod. Quotiens Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi oportet, quo esset, si nulla controversia fieret ei, qui bonorum possessionem acceperit.

[3] l. 4 i. f. D. h. t. ... poterit ... bonorum possessionem petere, quam cum acceperit, perpetuo possessoriis actionibus utetur.

[4] l. 5 § 3 D. h. t. ... sive decrevit praeses sive non, deminuet vescendi causa et hoc minus restituet hereditatis petitori. l. 6 § 5 D. h. t.

[5] c. 2 C. h. t. (6. 17) ... usque ad pubertatis annos sine inquietudine rebus utatur interdum alienis.

muß er gegen den Beſitzer als Kläger auftreten.[1] Iſt ihm wegen mangelnder Cautionsbeſtellung die bonorum possessio überhaupt nicht ertheilt, ſo kann er das commodum possessoris nur erhalten, wenn er die Caution noch nach erlangter Mündigkeit leiſtet; ſonſt wird der Beſitz auf ſeinen Gegner gegen Caution übertragen.[2]

Unterliegt der bonorum possessor im Erbſchaftsſtreit, ſo erliſcht, wie ſein bedingtes Recht auf die Erbſchaft, auch ſein Beſitz des Erbrechts mit den actiones possessoriae.[3] Stirbt er aber vor der Mündigkeit, ſo wird das bedingte Recht mit dem daran geknüpften Beſitz des Erbrechts bis zu der Zeit, wo er die Mündigkeit erreicht haben würde, ebenſo auf ſeine Erben transmittirt,[4] wie das ungewiſſe Recht des Gegners auf deſſen Erben,[5] wenn der Gegner vor dieſem Zeitpunkt geſtorben iſt.[6]

---

[1] l. 14 D. h. t. Quaeritur, an impubes, qui bonorum possessionem ex Carboniano accepit, si, antequam possessio ad eum translata fuerit, pubes factus sit, petitoris partibus fungi debeat. Respondit in eo, quod a possessore petet, probationem ei incumbere.

[2] l. 6 § 6 D. h. t. Post pubertatem quaeritur, an actoris partes sustinere debeat, qui ex Carboniano missus est in possessionem. Et responsum est, rei partes eum sustinere debere, maxime si cavit. Sed et si non caverat, si nunc paratus sit cavere, quasi possessor conveniendus est; quodsi nunc non caveat, possessio transfertur adversario satis offerente: perinde atque si nunc primum ab eo peteretur hereditas.

[3] l. 4 i. f. D. h. t. . . sed si post pubertatem contra eum iudicatum fuerit, denegabuntur ei actiones (possessoriae). Vgl. l. 2 § 12 D. ad SC. Tertull. (38. 17).

[4] Vgl. § 9 S. 111 Note 6 sub 2. 4.

[5] l. 3 § 7, l. 12 D. h. t.

[6] Die heutige Praxis ſcheint in dem Carbonianiſchen Fall bei der Anordnung einer Cura ſtehen zu bleiben: in Seuffert's Archiv findet ſich weder eine Anwendung der missio noch der bonorum possessio Carboniana. Bei der heutigen obervormundſchaftlichen Fürſorge mag letztere, die ſchon nach römiſchem Recht ohne Noth nicht ertheilt werden ſollte, ſeltener ein Bedürfniß ſein, aber von der missio läßt ſich das nicht behaupten. Als „praktiſch ganz werthlos und auf längſt entſchwundenen Rechtsanſchauungen beruhend“ können jedenfalls die Vorſchriften des Carbonianum nicht betrachtet werden. A. M. Leiſt a. a. O. S. 138 ff., Ubbelohde a. a. O. S. 47.

3. S. g. missio ventris nomine.*

§ 55.

Den beim Tode des Erblaſſers concipirten Poſtumi werden die Erbrechte oder die Erbberechtigungen, die ſie bei ſchon erfolgter Geburt als sui oder extranei erworben haben würden, auf die Zeit und unter der Bedingung der lebenden Geburt reſervirt; ihre Erbtheile beſtimmt proviſoriſch die Annahme einer Drillingsgeburt.[1]

Die für ſie gebotene Fürſorge ſtellt zwei Anforderungen: a. die Alimentation der ſchwangeren Mutter aus der eventuellen Erbſchaft des venter,[2] ohne Rückſicht auf ihre Bedürftigkeit, wenn die erwarteten Poſtumi Deſcendenten des Erblaſſers ſind,[3] im Fall der Bedürftigkeit auch wenn ſie dies nicht ſind;[4] b. die Sicherung des commodum possessoris in einem nach der Geburt eintretenden Erbſchaftsſtreit. Deshalb knüpft ſich an das reſervirte ungewiſſe Erbrecht, der Poſtumus mag lege oder testamento berufen ſein,[5] ein doppelter Immiſſionsanſpruch in die Erbſchaft des venter:[6] einerſeits nach Analogie der missio Carboniana[7] der Anſpruch auf missio in possessionem des venter ſelbſt,[8] und

---

* D. 37. 9 de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. D. 25. 5 si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur. D. 25. 6 si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur. Leiſt in Glück's Comment. Serie d. Büch. 37 u. 38 Bd. 4 S. 1 ff., Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 194 sub A, Windſcheid, Pand. § 618, Brinz, Pand. § 395 sub 2 (2. Aufl.), Ubbelohde, Arch. f. civil. Pr. Bd. 61 S. 11 ff. S. 39 ff. — Glück Comment. Bd. 28 S. 330 ff., S. 341 ff.

[1] Vgl. § 4 S. 80.

[2] l. 1 § 9 D. de ventre in poss. m. (37. 9) . . ne qui speratur ante vitam necetur. l. 1 § 3 i. f. § 15 i. f. D. eod.

[3] l. 5 pr. D. eod.

[4] l. 6 D. eod.

[5] l. 1 pr., l. 6, l. 7 D. eod.

[6] l. 7 § 2 D. eod.

[7] l. 1 § 15 D. eod., l. 2 D. de insp. ventre (25. 1).

[8] Praetor ventrem mittit in possessionem, l. 1 pr. § 2, 3, 5, 6. 7, 9, 11, 12, 13, 17, l. 7 § 1. 2 D. h. t. Der Prätor gab zuerſt dieſen Anſpruch den postumi, welche liberi des Erblaſſers geworden wären, wenn er ihre Geburt erlebt hätte, alſo den prätoriſchen Notherben: l. 1 pr. D. eod. ven-

andererſeits der Anſpruch auf missio in possessionem der Mutter ventris nomine, wo ſie das Recht auf Alimente hat.[1]

Beide Anſprüche werden von der Mutter geltend gemacht durch den Antrag auf Beſtellung eines curator ventris[2] für die custodia rerum,[3] und eines curator hereditatis ventris nomine[4]

---

trem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis .. l. 1 § 8. 11 D. eod. Aber er blieb dabei nicht ſtehen: l. 10 D. eod. ventrem praetor ex omnibus partibus edicti mittit in possessionem; l. 7 pr. D. eod. Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur. l. 1 § 12 D. eod... nepos postumus heres ab avo naturali institutus .. mittetur in possessionem. l. 6 D. eod. Extraneo postumo herede instituto non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit. l. 13 § 3 D. de manum test. (40. 4) Extranei ſind alle Perſonen, die nicht zu den prätoriſchen liberi zählen, Leiſt a. a. O. S. 61. Nach Juſtinianiſchem Recht ſteht der Anſpruch der liberi auf die Beſitzeinweiſung ſämmtlichen Deſcendenten zu, weil daſſelbe in erbrechtlicher Beziehung alle Deſcendenten einander gleichgeſtellt hat, Windſcheid, Pand. § 618 Note 3.

[1] Von dem Anſpruch der Mutter ſagen die Quellen: quae ventris nomine in possessionem mitti desiderat, oder quae in possessionem vult ire, l. 1 § 14 D. eod., oder uxor praegnas in possessionem bonorum mittenda est, l. 1 § 8 D. eod. Und die immittirte Mutter bezeichnen ſie als mulier in possessionem missa, oder ventris nomine in possessionem missa, l. 1 § 19, l. 8 D. eod., oder quae in possessione est, oder ventris nomine in possessione est, l. 1 § 4 D. eod., l. 9 D. test. quemadm. aper. (29. 3). Da auch die missio mulieris ventris nomine im Intereſſe des venter erfolgt, l. 5 pr. D. h. t. (37. 9), l. 5 § 3 D. de ed. Carb. (37. 10), und gewöhnlich mit der missio ventris verbunden iſt, wird dieſer Ausdruck auch auf jene mitbezogen, l. 6, l. 9 D. eod., und die missio ventris auch durch missio ventris nomine bezeichnet, l. 12 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4).

[2] l. 20 pr. D. de tutor. et cur. (26. 5). Ventri tutor . . . dari non potest.

[3] l. 48 D. de adm. et peric. tut. (26. 7). Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur. l. 12 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4), l. 9 D. de R. V. (6. 1).

[4] l. 1 § 17 D. eod. Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Die beiden Beſitzeinweiſungen müſſen alſo, was nicht immer geſchieht, auseinander

für die bonorum possessio[1], d. i. für den Besitz, also für die Ausübung des Erbrechts zur Verwaltung der Erbschaft Zwecks Alimentation der Mutter.[2] Diesem Antrage ist, wo die Mutter keinen Gegner hat — cum nemo contendit nec calumniatricem dicit[3] —, durch einen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu deferiren.[4] Stellen aber die interessirten Personen die Schwangerschaft der Frau oder die Legitimität des Postumus in Abrede,[5] so muß darüber auf erhobene Klage, wenn es sich um einen erwarteten Descendenten des Erblassers handelt, eine summarische causae cognitio wie bei der missio Carboniana Statt finden: ergiebt diese eine manifesta calumnia der Frau, so ist das Immissionsgesuch abzuweisen, sofern sich aber die Schwangerschaft[6] oder die Legitimität blos als zweifelhaft erweisen, auf die Besitzeinweisung zu erkennen[7] und die Untersuchung der Legitimitätsfrage hinaus zu schieben.[8] Anders verhält es sich, wenn der erwartete Postumus

gehalten werden: sie haben verschiedene rechtliche Wirkungen und sind nicht nothwendig mit einander verbunden; die missio ventris kann ohne die missio mulieris ertheilt werden. Vgl. Ubbelohde a. a. O. S. 12 Note 17, Sintenis a. a. O.

[1] l. 1 § 8 D. de ventre i. p. m. (37. 9) . . uxor praegnas in possessionem bonorum mittenda est. l. 1 § 1 D. si mulier v. n. (25. 6) . . . circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nomine . . . l. 1 § 1 D. de ventre i. p. m. (37. 9) . . . nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnas fuit. Vgl. Bachofen, das röm. Pfandr. S. 282. A. M. Dernburg, das Pfandrecht Bd. 1, S. 405, der die Wirkung der in Rede stehenden Mission auf Detention und Custodia beschränkt, weil er zwischen der missio ventris und der missio mulieris ventris nomine nicht unterscheidet.

[2] l. 1 § 22 D. eod. Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores (minorum) atque tutores pupillorum.

[3] l. 1 § 16 D. eod.

[4] Vgl. Sintenis a. a. O. Note 11.

[5] l. 1 § 1 D. eod. . Praegnatem esse mulierem oportet omnimodo nec dicere se praegnatem sufficit.

[6] Ueber die eidliche Feststellung der Schwangerschaft vgl. l. 3 § 3 D. de iureiur. (12. 2), l. 1 pr. D. si mul. v. n. (25. 6). Vgl. auch l. 1 § 10 seqq. D. de insp. ventre (25. 1).

[7] l. 1 § 14 D. de vent. i. p. m. (37. 9), l. 3 § 3 D. ne vis fiat (43. 4).

[8] l. 8 D. de vent. i. p. m. (37. 9). Wird nach bereits erfolgter Besitzeinweisung die Calumnia behauptet, so muß die causae cognitio jetzt

kein Deſcendent des Erblaſſers iſt; hier ſchließt die controversia status die Beſitzeinweiſung aus.[1] Dagegen der Umſtand, daß die Berufung des Poſtumus von einer Bedingung abhängig gemacht iſt, z. B. falls ein Knabe geboren werde, ſteht ihr nicht entgegen.[2]

Wird blos für den venter ein Curator beſtellt, ſo iſt den Erbſchaftsgläubigern zu geſtatten, mit für die custodia rerum Sorge zu tragen;[3] ebenſo den eventuellen Erben, die berufen ſind, wenn kein erbberechtigtes Kind zur Welt kommen ſollte.[4] Um ſich dieſe custodia über die corpora hereditaria zu verſchaffen, hat der Curator auf Grund der missio in possessionem das interdictum (bezw. actio in factum), ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, gegen Jeden, der ihn dolo verhindert, Erbſchaftsſachen zu apprehendiren, oder ihm den Beſitz der apprehendirten Sachen wieder entzieht.[5] Im Uebrigen ergeben ſich die Rechte und Pflichten des Curators aus der ihm obliegenden Cuſtodia: er muß ein Inventar errichten, verhüten, daß Erbſchaftsſachen uſucapirt, oder Erbſchaftsſchuldner durch Klagverjährung befreit werden und, wo es die Erhaltung des Nachlaſſes fordert, Schulden bezahlen und Erbſchaftsſachen verkaufen.[6]

Statt finden und eventuell die missio wieder aufgehoben werden, l. 3 § 3 D. ne vis fiat (43. 4), l. 1 § 1 D. de ventre in p. m. (37. 9) . . . nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnas fuit et mortis tempore et eo, quo mitti in possessionem petit.

[1] l. 7 § 1 D. eod.

[2] l. 1 § 2—5 D. eod.

[3] l. 1 § 17 D. eod. . . si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse.

[4] l. 1 § 23—25 D. eod.

[5] l. 1 § 1—7, l. 2, l. 3 pr. D. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit (43. 4). l. 1 § 8 D. eod. Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes similesque personas dabitur, nisi in id quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur. l. 3 § 2 D. eod. . . et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Die Miſſio an zwei ventres begründet die actio communi dividundo utilis, l. 1 § 16 D. h. t. (37. 9), l. 7 § 8 D. comm. divid. (10. 3).

[6] l. 1 § 21, 26, l. 5 § 1 D. de ventre i. p. m. (37. 9), l. 23 § 3 D. de H. I. (28. 5), l. 1 § 1 D. de cur. bon. dand. (42. 7).

Bei der Bestellung des curator ventris verbleibt es, wenn die erwarteten Postumi keine Descendenten des Erblassers sind, und die schwangere Mutter sich aus eigenen Mitteln ernähren kann.[1] Andernfalls wird auch die Mutter in den Besitz immittirt, und mit dieser Immission, weil ihre Alimentation eine Verwaltung der Erbschaft nothwendig macht, die Ertheilung der bonorum possessio, wie bei der missio Carboniana, verbunden: non tantum ad possessionem adipiscendam,[2] sed ad res etiam persequendas prodest.[3] Deshalb bedarf es hier eines Curators, der, wie ein curator minorum und tutor impuberum, die administratio rerum hat.[4] Diese Administration legt ihm die Pflicht auf, die Kosten der Alimentation an erster Stelle aus dem baaren Gelde in der Erbschaft zu bestreiten, oder, wenn es daran fehlt, sie zunächst durch Veräußerung der entbehrlichsten Erbschaftssachen zu beschaffen, und den Betrag nach dem Bedürfniß, nach der Größe des Nachlasses und nach dem Stande des Erblassers wie der schwangeren Mutter festzustellen.[5] Wegen seiner Administrationsbefugnisse muß der Curator rem salvam fore viri arbitratu satisdare,[6] sofern nicht die Gläubiger oder die eventuellen Erben die Bestellung eines curator ex inquisitione fordern,[7] der ihnen genügende Sicherheit gewährt und ihre Theilnahme an der Custodia überflüssig macht.[8] Wo die interessirten Personen keinen Widerspruch erheben, wird der curator ventris auch zum Curator für die bonorum possessio ernannt.[9]

Die missio in possessionem mit diesen Wirkungen dauert

---

[1] l. 5 pr., l. 6. de ventre i. p. m. (37. 9).

[2] Durch das interd. quorum bonorum oder die missio Hadriana gegen Erbprätendenten, die corpora hereditaria besitzen, § 3 I. de interd. (4. 15).

[3] l. 15 D. de Carb. edict. (37. 10). Nur auf Collation kann vor der Geburt nicht geklagt werden, l. 12 D. de collat. (37. 6). Vgl. § 54 S. 366 Note 1.

[4] Vgl. S. 370 Note 2.

[5] l. 1 § 19, 20, l. 4, l. 5 pr. D. h. t. (37. 9).

[6] l. 8 D. de curat. fur. (27. 10).

[7] l. 1 § 17. 18. 23 D. h. t. (37. 9).

[8] l. 1 § 25. 26 D. eod.

[9] l. 1 § 18 D. eod.

fort, bis ſich der Ausgang der Schwangerhaft entſchieden hat.[1] Kommt der Poſtumus lebend zur Welt, ſo erwirbt er als suus das reſervirte Erbrecht ipso iure, als extraneus die reſervirte Erbberechtigung mit der Wahl zwiſchen Antritt und Repudiation,[2] und hat das commodum possessoris, wenn ein Erbſchaftsſtreit gegen ihn erhoben wird. Erfolgt eine Todtgeburt oder ein Abortus, oder deficirt die Bedingung für die Erbeinſetzung des Poſtumus, oder zeigt ſich, daß die glaubhaft befundene Schwangerſchaft gleichwohl nicht exiſtirt, ſo erliſcht die Immiſſion, und der Curator muß die reſervirte Erbſchaft an die Mit- oder Nacherben herausgeben.[3] Die aus ihr beſtrittenen Alimente kommen aber als eine Erbſchaftsſchuld in Abzug,[4] es müßte denn die Frau wider beſſeres Wiſſen die Schwangerſchaft behauptet haben.[5] Hier haben die bis dahin ausgeſchloſſenen Erben gegen ſie während eines annus utilis eine Klage auf Reſtitution der Alimente und vollen Schadenserſatz.[6]

Sind von der immittirten Frau Erbſchaftsſachen dolo auf Andere übertragen oder Andern in die Hände geſpielt worden, ſo haftet ſie den Erben aus einer actio perpetua auf das Intereſſe.[7]

---

[1] l. 1 § 27 D. eod.

[2] l. 2 § 11 D. ad SC. Tert. (38. 17). Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor: et puto non nocere, si non suus patri adgnascitur: neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque aceperit bonorum possessionem.

[3] l. 1 § 1—3, l. 2 D. h. t. (37. 9).

[4] l. 9 D. eod. l. 3 D. eod.

[5] l. 1 § 28 D. eod.

[6] l. 1 § 1—9 D. si mulier v. n. i. p. calumniae causa esse dicetur (25. 6).

[7] l. 1 § 1—4, l. 2 pr. D. si v. n. muliere i. p. m. eadem possessio dolo malo ad al. transl. esse dicatur (25. 5). — Nach Sintenis a. a. O. Note 1 a. E. hat ein Zweifel über die praktiſche Anwendbarkeit der ſ. g. missio ventris nomine niemals beſtanden; Ubbelohde a. a. O. S. 40 hält heute eine beſondere cura ventris nicht mehr erforderlich. In Seuffert's Archiv findet ſich kein Anwendungsfall; vgl. auch Leiſt a. a. O. S. 63 ff.

4. S. g. missio furiosi nomine.*

§ 56.

Wahnsinnige und s. g. preßhafte Personen (qui intellectu carent), die nicht unter väterlicher oder Altersvormundschaft stehen,[1] sondern blos wegen ihrer Gebrechen einen Curator haben, erwerben durch ihre Berufung als heredes extranei die Erbberechtigung auf die Zeit und unter der Bedingung, daß sie sanae mentis werden. Erst dann wird ihnen die Erbschaft deferirt,[2] inzwischen nur reservirt mit dem Anspruch auf den Besitz des Erbrechts. Ihr Curator kann nicht als Stellvertreter für sie antreten oder repudiiren, aber er hat das Recht und, wo der künftige Erwerb der Erbschaft vortheilhaft erscheint, auch die Pflicht, die Ertheilung der bonorum possessio durch den Richter zu erwirken.[3] Diese ist hier ohne cautio de restituendo für die eventuellen Erben zu gewähren,[4] obwohl sie non tantum ad possessionem adipiscendam, sed ad res etiam persequendas prodest.[5] Dem Curator steht nicht blos die Custodia zu,[6] sondern auch die Administration: er

---

* D. 37. 3 de bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, caeco competente. c. 7 C. de curatore furiosi vel prodigi (5. 70). Vgl. die zu § 13 citirte Literatur.

[1] Vgl. § 13.

[2] l. 1 § 5 D. de succ. ed. (38. 8). Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia necdum delata est. l. 1 § 7 D. eod. In § 13 S. 128 Zeile 8 v. o. ist zu lesen: Vermögen des Furiosus statt: Vermögen des Delaten.

[3] c. 7 § 3 C. l. c. . . . sancimus furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere; curatori autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur. Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 69, Bd. 15 Nr. 233, Bd. 29 Nr. 250, Bd. 36 Nr. 204. Bei im Auslande gelegenen Erbschaften hängt die Fähigkeit des Curators zum definitiven Erwerb von dem Recht des Wohnorts des Erblassers ab, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 307.

[4] c. 7 cit. § 8 . . . omni satisdatione vel cautione . . . radicitus excisa.

[5] l. 15 D. de Carb. ed. (37. 10).

[6] Wie Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 395 Note 42 annimmt; vgl. dagegen Leist in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 S. 43 ff.

muß die reſervirte Erbſchaft gemeinſchaftlich mit dem eigenen Vermögen des Furioſus im Intereſſe deſſelben verwalten.[1] Deshalb hat er, wie bei der bonorum possessio Carboniana und ventris nomine, ſowohl die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel, interdictum quorum bonorum oder missio Hadriana, wie die actiones hereditariae als possessoriae.[2] Auf der anderen Seite können aber auch die Erbſchaftsgläubiger gegen den Beſitzer des Erbrechts auf ihre Befriedigung,[3] und die Vermächtnißnehmer gegen Caution für eventuelle Reſtitution auf Leiſtung der Vermächtniſſe klagen.[4]

Wird der Berufene compos mentis, ſo tritt jetzt für ihn die Delation der Erbſchaft ein. Die Cura ruht, und er hat aus der erworbenen Erbberechtigung die Wahl, ob er antreten oder repudiiren will.[5] Durch den Antritt erwirbt er mit der Erbſchaft zugleich das commodum possessoris im Erbſchaftsſtreit. Repudiirt er, oder ſtirbt er als Delat oder im Wahnſinn, ſo geht der Erbſchaftsbeſitz unter[6], und die reſervirte Erbſchaft fällt durch Accrescenz oder ſucceſſive Delation[7] an die bisher durch ihn ausgeſchloſſenen

[1] c. 7 cit. § 7 . . . si quid postea ad furiosum peruenerit sive ex hereditate vel successione . . . hoc furioso accedat et hoc cum alia eius substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his rebus scilicet faciendo: et sub eius cura constituatur, quatenus, si quidem resipuerit furiosus et acquisitionem admiserit, ipsi restituatur.

[2] Dieſe Klagen können vom Curator ſofort unter Begründung des Anſpruchs auf die bonorum possessio angeſtellt werden, Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 250.

[3] l. 7 § 10. 11 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4).

[4] l. 48 § 1 D. de legat. (31).

[5] c. 6 § 1 C. de cur. fur. (5. 70) . . . per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt; sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit, curatorem in contractus vocari, ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat. l. 2 D. de b. p. fur. (37. 3).

[6] l. 2 § 12 D. ad SC. Tert. (38. 17) . . . cum haec tempore finiatur.

[7] l. 2 § 11 D. eod. . . si furioso decreto petita sit possessio et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit.

Personen.[1] An diese muß sie vom Erben des Furiosus, wenn er sie in Besitz genommen, eventuell vom Curator herausgegeben werden, einschließlich der augmenta hereditatis,[2] insbesondere der Früchte, durch welche sie unter der Verwaltung des Curators einen Zuwachs erfahren hat, aber unter Abzug der unter der Administration verwandten impensae necessariae und utiles, und unter Abzug der für die Sustentation des Furiosus nothwendigen Ausgaben, soweit dieselben aus seinem eigenen Vermögen nicht zu bestreiten waren.[3]

Sucht der Curator die bonorum possessio für den Furiosus nicht nach, so wird dadurch die Reservation der Erbschaft für denselben nicht ausgeschlossen; diese tritt ipso iure ein.[4] Es kann aber in diesem Fall die bonorum possessio gegen Caution den

---

[1] c. 7 cit. § 8 . . . hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei ad cuius bona vocabantur, si non in medio erat furiosus. Ueber den Anfang dieses Paragraphen: Sin autem bis ad nostrum aerarium vgl. § 13 S. 128 Note 2 ff. Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 62, Bd. 36 Nr. 204.

[2] c. 7 cit. § 9 . . . a substantia eius illico separandis, quasi nec fuerant ab initio ad eum devoluta et legitimum tramitem ambulantibus, substantiam furiosi neque praegravantibus neque adiuvantibus.

[3] l. 51 pr. D. de h. p. (5. 3). Heres furiosi substituto vel sequentis gradus cognato fructus medii temporis, quibus per curatorem furiosus locupletior factus videtur, praestabit: exceptis videlicet impensis, quae circa eandem substantiam tam necessarie quam utiliter factae sunt. Sed et si quid circa furiosum necessarie fuerit expensum, et hoc excipiatur, nisi alia sufficiens substantia est furioso, ex qua sustentari potest. Die Schlußworte gewähren dem Furiosus die Sustentationskosten aus der Erbschaft nur, wenn sie nicht aus seinem eigenen Vermögen bestritten werden können; andern Falls müssen sie deshalb auch dann ersetzt werden, wenn sie von den Früchten der Erbschaft bestritten sind. Die abweichende Ansicht in Seuffert's Arch. Bd. 17 Nr. 67 läßt sich auf die l. 25 § 11 D. de H. P. (5. 3) nicht stützen, weil der Furiosus durch die Ertheilung der bonorum possessio kein bonae fidei possessor hereditatis wird, wie ihn die l. 25 § 11 cit. voraussetzt. Auf der anderen Seite dürfte aber auch die von Leist a. a. O. S. 52 Note 63 vertretene Ansicht, nach welcher die Sustentationskosten nur auf dem den Wahnsinnigen bereichernden Fruchtertrage der Zwischenzeit ruhen sollen, der äußeren wie der inneren Begründung entbehren.

[4] Vgl. c. 1 C. de succ. ed. (6. 16).

Perſonen ertheilt werden, denen die Erbſchaft zukommt, wenn der Furioſus ſie nicht erwerben ſollte.[1]

5. Beſitzeinweiſung des bedingt inſtituirten Erben.*

§ 57.

Dem Teſtamentserben, der unter einer Bedingung eingeſetzt iſt, wird pendente conditione die Erbſchaft oder ſein Erbtheil nicht deferirt: er kann weder antreten noch repudiiren.[2] Gleichwohl ſteht er ſchon ex tempore mortis defuncti dem Nachlaß nicht rechtlos gegenüber.[3] Es wird ihm die Erbſchaft, ſoweit ſie ihm zugewandt iſt, reſervirt[4] mit dem Anſpruch auf bonorum possessio[5], d. i. auf den Beſitz des Erbrechts gegen Caution an die nach ihm

---

[1] l. 1 D. de b. p. fur. (37. 3) ... Quid ergo, si curator accipere nolit? Nonne iustius atque utilius erit ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona iaceant? Quo admisso substitutus cautionem praestare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret. Nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat nec tamen furiosus obstet ceteris, si prius et ipse decesserit, quam hereditatem acquireret.

* Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 41 S. 190 ff., Leiſt ebenda Serie der Büch. 37 u. 38 Bd. 2 S. 118 ff., Bd. 4 S. 284 ff., Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 173 Note 29. Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 395 sub 3, Windſcheid, Pand. (6. Aufl.) Bd. 3 § 554 sub 1, § 620.

[2] c. un. § 7 C. de caduc. toll. (6. 51), l. 60 § 5 D. de hered. inst. (28. 5).

[3] Vgl. § 4 S. 78 ff.

[4] l. 3, l. 69 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 20 § 4 D. de bon. libert. (38. 2) ... omissa conditione filium locum substitutis facere.

[5] l. 6 D. de bon. poss. s. t. (37. 11). Hi demum sub conditione heredes instituti bonorum possessionem secundum tabulas etiam pendente conditione necdum impleta petere possunt, qui utiliter sunt instituti. l. 5 pr., l. 10, l. 12 i. f. D. eod., l. 2 § 1 D. eod... qualisqualis conditio sit .. l. 3 § 13 D. de b. p. c. t. (37. 4) ... conditio quae in ipsius potestate non est.

berechtigten Erben für eventuelle Restitution.[1] Dieser Anspruch setzt voraus, daß die Erbeinsetzung gültig, und daß die ihr hinzugefügte Bedingung keine Potestativbedingung ist, deren Erfüllung nur von der Willkür des Instituirten abhängt (S. 377 Note 5): hier steht er einem deliberirenden Erben gleich, dem auf Antrag der interessirten Personen vom Richter eine Deliberationsfrist gesetzt wird, ob er die Bedingung erfüllen und Erbe werden, oder ob er sie nicht erfüllen und die Erbschaft ablehnen wolle.[2]

Die ertheilte bonorum possessio giebt dem bedingten Erben in gleicher Weise wie bei der bonorum possessio furiosi nomine[3] die missio Hadriana und die Verwaltung der Erbschaft: er kann die res hereditariae veräußern,[4] und es stehen ihm und gegen ihn die actiones hereditariae als possessoriae zu.[5]

Erfüllt sich demnächst die Bedingung, so tritt für den Instituirten zugleich mit der Delation[6] auch die Acquisition der Erbschaft ein, weil die Erbittung der bonorum possessio die Erklärung des Antritts im Voraus enthält. Bis zur Delation bleibt diese Erklärung als ein negotium imperfectum wirkungslos. Deshalb muß sie pendente conditione durch den fortdauernden Willen des Instituirten aufrecht erhalten werden und aufrecht erhalten werden können. Widerruft er diese Erklärung und giebt den Besitz des Erbrechts auf, so wird ihm beim Eintritt der Bedingung

---

[1] l. 12 D. qui satisd. cog. (2. 8). Inter omnes convenit heredem sub conditione, pendente conditione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate .. l. 8 pr. D. de stip. praet. (46. 5), l. 3 D. eod. Generaliter in omnibus praetoriis stipulationibus ... satisdatur. Mühlenbruch a. a. O. S. 192. Aus dem „possidentem" in l. 12 cit. ergiebt sich, daß es sich hier nicht um eine ordentliche b. p. secundum tabulas „ohne Ende" handelte, wie Brinz a. a. O. annimmt; vgl. auch Windscheid a. a. O. Note 3 u. dagegen Leist a. a. O. Bd. 4 S. 284 u. 285 a. E.

[2] l. 23 § 1 D. de H. I. (28. 5), l. 29 D. de cond. et dem. (35. 1). Vgl. § 16 S. 137 Note 2.

[3] Vgl. § 56 S. 375.

[4] l. 23 pr. D. de H. I. (28. 5).

[5] „ne bona iaceant", l. 1 D. de b. p. fur. (37. 3), l. 1 pr. D. de succ. ed. (38. 9).

[6] l. 13 D. de condit. (28. 7). Vgl. § 4 S. 78.

die Erbſchaft nur deferirt; ebenſo wenn er pendente conditione wahnſinnig wird, oder die zum Erbſchaftsantritt erforderliche Dispoſitionsfähigkeit verliert.[1] Stirbt er aber pendente conditione, ſo erliſcht nicht blos ſeine Antrittserklärung, ſondern der Tod wirkt wie die Deficienz der Bedingung: beide heben die bedingte Erbeinſetzung auf.[2] In beiden Fällen kommt deshalb die ihm reſervirte Erbſchaft entweder durch Accrescenz an die Miterben oder durch ſucceſſive Delation an die Subſtituten oder an die Inteſtaterben.[3] An dieſe muß ſie daher mit allen augmenta aus der Verwaltung des bedingt Inſtituirten herausgegeben, und ihnen der durch culpoſe Verwaltung entſtandene Schaden erſetzt werden.[4]

Erhält der bedingte Erbe die bonorum possessio nicht, ſei es daß er ſie nicht nachſucht, oder daß er die Caution nicht leiſten kann, ſo iſt ſie nach Analogie der bonorum possessio furiosi nomine den nach ihm Berechtigten gegen Caution einzuräumen.[5] Eventuell muß die reſervirte Erbſchaft einem Curator zur Cuſtodia[6] anvertraut werden.[7]

Eine beſondere Vorſchrift gilt für die Erbeinſetzung unter einer negativen Poteſtativbedingung, über deren Erfüllung erſt durch

---

[1] Vgl. § 6 S. 97 Note 6 u. 7.

[2] l. 60 § 6 D. de H. I. (28. 5), c. un. § 7 C. de cad. toll. (6. 51).

[3] l. 12 D. qui satisd. cog. (2. 8) . . . si defecerit conditio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse. l. 1 § 7 D. ad SC. Tert. (38. 17) . . . si conditione pendente possessionem petierit et postea conditio defecit, aequum est ceteris etiam filiis legitimam hereditatem non auferri. Vgl. l. 1 D. de b. p. fur. (37. 3).

[4] arg. l. 76 § 7 D. de leg. (31), l. 79 § 2 D. de cond. (35. 1), Nov. 22 c. 44 § 2—4.

[5] Vgl. § 56 S. 377 Note 1.

[6] l. 1 § 1 D. de cur. bon. dand. (42. 7), l. 23 § 3 D. de H. I. (28. 5), wo per curatorem ſtatt per procuratorem zu leſen iſt, vgl. Mommsen, Dig.

[7] Nach l. 23 § 2 D. eod., l. 4 pr. D. de reb. auct. iud. poss. (42. 5), l. 1 pr. D. de cur. bon. dand. (42. 7) konnte die Ausantwortung der Erbſchaft an die Gläubiger auf deren Antrag vom Richter verfügt werden, wenn ſich die Bedingung nicht innerhalb einer von ihm feſtzuſetzenden Friſt erfüllen ſollte. Dieſe concursmäßige Behandlung der Erbſchaft iſt heute nach der R.C.O. § 302 ausgeſchloſſen.

den Tod des Inſtituirten Gewißheit eintreten kann.[1] Dies iſt eine unmögliche Bedingung: als Suspenſivbedingung für die Delation,[2] weil die Delation vorausſetzt, daß der berufene Erbe ſie erlebt, als Reſolutivbedingung für die Wiederaufhebung der Erbfolge[3] nach dem Satze semel heres semper heres.[4] Sie müßte deshalb pro non adiecta erachtet werden,[5] wenn ſich nicht die Annahme rechtfertigte, der Teſtator habe bei einer ſolchen conditio die Intention gehabt,[6] ihre Erfüllung ſolle durch Sicherheitsleiſtung geſchehen:[7] die Delation[8] an den Inſtituirten ſolle von ſeinem durch Bürgſchaft[9] ſicher geſtellten Verſprechen an die nach ihm Berechtigten[10] abhängig ſein, daß er ihnen, falls er der Bedingung entgegen handle, die

---

[1] l. 67 § 1 D. ad SC. Treb. (36. 1) ... in conditionibus ... quae ... nisi fine vitae expleri non possent.

[2] l. 7 pr. D. de cond. et dem. (35. 1) ... „si in Capitolium non ascenderit"; „si Stichum non manumiserit" ...

[3] l. 4 § 1 D. de cond. instit. (28. 7) ... „si servum hereditarium non alienaverit".

[4] Vgl. § 46 sub 1.

[5] l. 3 D. de cond. et dem. (35. 1).

[6] l. 19 pr. D. eod. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet eaque regit conditiones. l. 101 pr. D. eod.

[7] l. 4 § 1 D. de cond. inst. (28. 7). Idem Iulianus scribit eum, qui ita heres institutus est: „si servum hereditarium non alienaverit" caventem coheredi implere conditionem. l. 7 § 1 D. de cond. et dem. (35. 1) ... cavere et ita adire posse hereditatem. l. 73 D. eod. Aus l. 61 D. de manum. test. (40. 4) läßt ſich der leitende Geſichtspunkt für dieſe Vorſchrift nicht entnehmen; die Entſcheidung in dieſer Stelle beruht auf dem favor libertatis; a. M. Windſcheid, Pand. § 554 Note 7.

[8] l. 67 D. de cond. et dem. (35. 1). Aus dieſer Stelle ergiebt ſich, daß die Bedingung nicht verwandelt wird in eine Auflage, alſo in eine Vorausſetzung, wie Windſcheid, Pand. § 554 Note 7 annimmt.

[9] l. 106 D. eod.

[10] l. 18 D. eod. Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili deficiente conditione... hereditas pertinere potest. An erſter Stelle muß daher die Caution den Subſtituten beſtellt werden, l. 12 D. qui satisd. cog. (2. 8), eventuell den Miterben, l. 4 § 1 D. de cond. inst. (28. 7), l. 7 § 1 D. de cond. et dem. (35. 1), oder, wenn es auch an Miterben fehlt, den Inteſtaterben, Nov. 22 c. 44 § 9. Dieſe Novelle ſpricht von der Erbeinſetzung eines Wittwers oder einer Wittwe unter der Bedingung,

Erbſchaft mit den gezogenen Früchten herausgeben,[1] und den verſchuldeten Schaden erſetzen werde.[2] Für dieſe Annahme erklärte ſich Q. Mucius Scaevola. Seine Anſicht wurde recipirt, und die Caution nach ihm cautio Muciana genannt.[3] Unſtatthaft iſt dieſe Caution bei conditiones non faciendi,

---

ſich nicht wieder zu verheirathen. Manche Juriſten, v. Vangerow, Pand. § 435 Anm. 3 sub III und die dort Citirten, wollen das Recht der Inteſtaterben, die Caution zu fordern, auf dieſen Fall beſchränken. Dafür ſprechen weder innere noch äußere Gründe; die l. 18 cit. ſteht damit in Widerſpruch, und die drei Stellen, auf welche man dieſe Anſicht ſtützt, beſtätigen ſie nicht: a) die l. 4 § 1 D. de cond. inst. (28. 7) enthält nur den ſelbſtverſtändlichen Satz, es ſei die Erfüllung der Bedingung durch Bürgſchaftsbeſtellung unmöglich, wenn, weil der bedingt Inſtituirte überhaupt der einzige Erbe des Teſtators iſt (si solus heres scriptus sit), keine Inteſtaterben exſtiren, denen die Caution geleiſtet werden kann; b) die l. 20 pr. D. eod. u. l. 7 § 1 D. de cond. et dem. (35. 1) ſprechen von einer Erbeinſetzung unter der Bedingung, daß der Erbe eine Forderung nicht geltend mache, die, weil er Univerſalerbe iſt, durch den Erbſchaftsantritt confusione untergeht. Das iſt auch eine unmögliche Bedingung, da ſie ſich ſchon ipso iure mit der hereditatis aditio erfüllt. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 199 ff.

[1] Da hier durch die Beſtellung der Caution die Erbfolge für den berufenen Erben eintritt, ſo wird er, wenn er der Bedingung zuwiderhandelt, nur aus ſeinem Verſprechen auf Reſtitution der Erbſchaft obligirt, er hört nicht auf, Erbe zu ſein. Bei anderen Bedingungen erhält er aus der gegen Caution ertheilten bonorum possessio blos den Beſitz des Erbrechts, die Erbfolge bleibt für den Fall der Deficienz der Bedingung den nach ihm Berechtigten vorbehalten (S. 379 Note 3).

[2] Vgl. die S. 379 Note 4 citirten Stellen. — Die Anſicht, daß der Inſtituirte aus einem doppelten Grunde auf Reſtitution obligirt ſei, aus ſeinem Verſprechen und daneben aus einem Erbſchaftsvermächtniß, „was wegen der Unzuläſſigkeit der Veräußerung von Vermächtnißgut von Belang ſei“ (Seuffert Pand. Bd. 3 § 538 Note 3) entſpricht den S. 380 Note 7 u. 8 citirten Stellen nicht; vgl. Brinz, Pand. § 427 Note 35.

[3] l. 7 pr. D. de cond. et dem. (35. 1). Mucianae cautionis utilitas consistit in conditionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, utputa „si in Capitolium non ascenderit“, „si Stichum non manumiserit“ et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est. Quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est. Nach dem Schlußſatz ſcheint das Inſtitut der cautio Muciana zuerſt für Vermächtniſſe eingeführt und erſt ſpäter auf Erbeinſetzungen übertragen zu ſein, l. 18 D. eod.

die sich noch bei Lebzeiten des Instituirten erfüllen können,[1] ausgenommen wenn der Instituirte durch die Beschaffenheit der Bedingung in die Alternative kommt, den Wunsch des Erbschaftserwerbes aufzugeben, oder die Erfüllung der Bedingung in unerlaubter Weise herbeizuführen.[2] Abgesehen von diesen Fällen hat der Instituirte bei solchen Bedingungen nur den Anspruch auf Ertheilung der bonorum possessio: er kann hier seinen Erben für den Fall, daß er pendente conditione stirbt, die Transmission der Erbschaft nicht sichern.

Hiernach hängt es, wo die Voraussetzungen der cautio Muciana vorliegen, nicht von der freien Entschließung des Instituirten ab, ob er Erbe oder blos Besitzer des Erbrechts werden, oder ob er überhaupt keine Caution bestellen, sondern es zu einer

[1] l. 72 § 2 D. eod. . . . Mucianae cautionis exemplum . . . locum habere non potuit, quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri conditio potuit. l. 77 § 2, l. 101 § 3, l. 106 D. eod. . . „si Titio non nupserit“ . . . nec Muciana satisdatione interposita capere legatum potest.

[2] l. 72 pr. D. eod. Cum tale legatum esset relictum Titiae „si a liberis non discesserit“ negaverunt eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati conditio possit existere. Sed displicuit sententia: non enim voto matris opponi tam ominosa non interponendae cautionis interpretatio debuit. Würde hier die cautio Muciana für unstatthaft erachtet, so könnte sich die Bedingung für das Vermächtniß bei Lebzeiten der Mutter nur durch den Tod der Kinder erfüllen; deshalb fordert die Möglichkeit, daß die Mutter in dem Wunsche, das Vermächtniß zu erhalten, versucht werden könnte, den Tod der Kinder herbeizuführen, die Zulassung der cautio Muciana; vgl. l. 72 § 1 D. eod. . . . fuit enim periculosum ac triste . . . mortem exspectare. Auch in l. 7 pr., l. 67 D. eod. ist der Grund für die Zulassung der cautio Muciana bei einer Honorirung unter der Bedingung: si servum non manumiserit unzweifelhaft die Gefahr für das Leben des Sclaven, Mayer, Legate § 37 Anm. 2. Vgl. über diese Stellen Mühlenbruch a. a. O. S. 259 ff., v. Bangerow a. a. O. Das aus ihnen abgeleitete Princip wird in verschiedener Weise formulirt: Puchta, Pand. § 475 sagt: die cautio Muciana wird zugelassen „wenn die Erfüllung bei Lebzeiten des Honorirten sehr problematisch oder ein schicklich nicht vorauszusetzendes Ereigniß ist“; Windscheid, Pand. § 554 Note 8: „wenn es nicht erlaubt erscheint, den Bedachten auf das Ereigniß, durch welches sein Nichtthun sicher werden kann, zu verweisen“; Sintenis a. a. O. „wenn das Unterlassen der in der Bedingung enthaltenen Handlung des Honorirten als seinem Vortheil zuwider unwahrscheinlich ist, und wenn ihm dieselbe als ein Verstoß gegen Pflicht und Gefühl zum Vorwurf gereichen würde“.

Cura über die Erbſchaft kommen laſſen will: wenn er die Mucianiſche Caution verweigert, obwohl er ſie beſtellen kann, ſo erliſcht ſeine Erbeinſetzung wegen Deficienz der Bedingung.[1]

Zweiter Abſchnitt.

Die einzelnen Arten der Erbfolge.

Erſtes Capitel.

Die Inteſtaterbfolge.*

I. Vorausſetzungen.

§ 58.

Die Berufung zur geſetzlichen oder Inteſtaterbfolge[2] ſetzt voraus, daß kein Teſtament exiſtirt, aus welchem der Erblaſſer beerbt werden kann.[3] Mit dem Zeitpunkt, wo dies feſtſteht, tritt

[1] l. 174 pr. D. de R. I. (50. 17), l. 1 pr. D. de cur. bon. dand. (42. 7), l. 23 § 1 D. de H. I. (28. 5), c. un. § 7 C. de cad. toll. (6. 51). — Sintenis a. a. O. behauptet, nach heutigem Recht beſtehe kein Unterſchied mehr zwiſchen der Ertheilung der bonorum possessio und dem Erwerb der Erbſchaft durch cautio Muciana; für jeden bedingten Erben trete heute durch Beſtellung der Caution die Erbfolge ein. Dieſe Anſicht findet ihre Widerlegung in der Erwägung, daß nach ihr der bedingte Erbe den Willen des Erblaſſers, es ſolle beim Tode des Erben pendente conditione die Transmiſſion der Erbſchaft auf die Erbeserben nicht Statt finden, durchkreuzen könnte. Andere Juriſten ſind der Meinung, die Beſitzeinweiſung des bedingt inſtituirten Erben ſei heute nicht mehr im Gebrauch, in der Praxis werde ſtets pendente conditione ein Curator für die Erbſchaft beſtellt, Leiſt a. a. O. Bd. 4 S. 293, Dernburg, Pand. Bd. 3 § 82, § 159. Dieſe Praxis iſt kein Gewohnheitsrecht, durch welches das römiſche Recht ſeine Geltung in den gemeinrechtlichen Ländern verloren hat.

* Glück, Hermeneutiſch-ſyſtematiſche Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge nach den Grundſätzen des älteren und neueren römiſchen Rechts (2. Aufl. 1822). Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darſtellung des ganzen Inteſtaterbrechts (1831). Arndt's in Weiske's Rechtslexikon Bd. 5 S. 668 ff. (1844). Schirmer, Handbuch des Römiſchen Erbrechts S. 125 ff. (1863).

[2] Vgl. § 3.

[3] l. 39 D. de A. v. O. H. (29. 2). Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

die Berufung ein.[1] Sie erfolgt daher, wenn der Erblasser ohne Testament oder mit einem ungültigen Testament verstorben ist, im Moment seines Todes, sofern er aber ein gültiges Testament hinterlassen hat, welches nachträglich ungültig wird, im Moment, wo dies geschieht.[2] Nach diesem oder jenem Moment bestimmen sich die Personen, welche ex tempore mortis[3] seine nächstberufenen Intestaterben sind.

An erster Stelle beruft das Gesetz die Verwandten des Erblassers unter dem Vorzuge der näheren vor den entfernteren, und nach den Verwandten beruft es den überlebenden Ehegatten. Demgemäß giebt es zwei Berufungsgründe für die Intestaterbfolge, welche man die Successionsgründe nennt: Verwandtschaft (§ 59—61) und Ehe (§ 62); und für die Berufung aus diesen Gründen gilt eine Erbfolgeordnung nach Classen, von denen die frühere den späteren vorgeht (§ 63). Jede Classe giebt bestimmten Personen das Successionsrecht, d. i. das Recht auf Berufung in dieser Classe, und schreibt für sie die Successionsordnung und die Erbtheilung vor: die Rangordnung, in welcher sie berufen werden, und die Quoten, zu welchen den nach ihr zusammen Berufenen die Erbschaft zufallen soll. Die derselben Classe angehörigen Personen haben nach der Beschaffenheit des Verwandtschaftsverhältnisses bald einen gleichen Rang, bald tritt auch unter ihnen noch nach dem Grade der Verwandtschaft mit dem Erblasser eine Rangfolge ein; und der Modus der Erbtheilung für die Miterben ist bald Kopftheilung, bald Stammtheilung, bald Linealtheilung, je nach der Art ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser, ob sie seine Descendenten, Ascendenten u. s. w. sind, oder je nachdem mit einer Art von Verwandten noch anderweitige Verwandte concurriren oder nicht. Erwirbt ein berufener

---

[1] c. 8 C. comm. de success. (6. 59). Antequam scriptus (heres) cuiuscunque portionis capax repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat, ei qui testamentum reliquit intestato nemo succedit. Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante intestati bona defuncti non recte vindicentur. Vgl. § 5.

[2] pr. I. de her. quae ab int. def. (3. 1). Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est aut nemo ex eo heres extitit.

[3] Vgl. § 4 S. 78 ff. u. § 44.

Erbe wegen Tod vor dem Antritt oder wegen Repudiation die Erbſchaft nicht, ſo kommt es, ſofern nicht die Vorausſetzungen einer Transmiſſion (§ 23 ff.) oder des Accrescenzrechts (§ 29 ff.) vorliegen, zur ſ. g. successio ordinum vel graduum, d. i. zu einer ſucceſſiven neuen Delation an die Perſonen der nächſten Claſſe oder des nächſten Grades in derſelben Claſſe (§ 64).

In Ermangelung von Verwandten und eines Ehegatten wird der Nachlaß als erbloſes Vermögen (bona vacantia) zunächſt gewiſſen Corporationen, deren Mitglied der Erblaſſer war, und eventuell dem Fiscus deferirt.[1] Man kann deshalb bei der Inteſtaterbfolge eine ſ. g. successio ordinaria aus dem Succeſſionsgrunde der Verwandtſchaft und der Ehe (§ 59 ff.), und eine ſ. g. successio extraordinaria in das erbloſe Vermögen (§ 65) unterſcheiden.

II. Successio ordinaria.

A. Succeſſionsgründe.

1. Verwandtſchaft.

§ 59.

Die gemeinrechtliche Inteſtaterbfolge beruht auf der Novelle 118 vom Jahre 543 mit einem Nachtrage in der Novelle 127 vom Jahre 547. Dieſe Geſetze knüpfen das Recht der Inteſtaterbfolge an die cognatiſche Verwandtſchaft mit dem Erblaſſer. Die Novelle 118 beruft zu derſelben ſeine Deſcendenten, ſeine Aſcendenten und ſeine Collateralen, ohne Beſchränkung auf einen beſtimmten Grad und ohne Unterſchied des Geſchlechts, aber unter der Bedingung, daß ſie mit ihm noch cognatiſch verwandt geworden ſind.[2]

---

[1] Vgl. Einleitung S. 12.

[2] Nov. 118 praef. c. 1—4. Das Familienband des alten römiſchen Rechts war nicht die Blutsgemeinſchaft, ſondern die Einheit der väterlichen und eheherrlichen Gewalt; demgemäß war die Berufung zur Inteſtaterbfolge durch die Agnation mit dem Erblaſſer bedingt. Erſt das Inteſtaterbrecht des prätoriſchen Edicts berief neben den Agnaten auch Cognaten. Auf dieſem vom Prätor betretenen Weg der Anerkennung der natürlichen Familie ſchritt die Geſetzgebung der Kaiſer in dem Maße fort, daß ſich ſchließlich das alte Princip der Agnation in den ſtehen gebliebenen Fällen ſeiner Anwendung

Der Begriff der cognatischen Verwandtschaft hat durch die Novelle 118 keine Veränderung erfahren. Sie ist, wie nach früherem Recht, nur möglich zwischen Personen, die noch gleichzeitig in rerum natura waren. Descendenten und Collateralen des Erblassers, deren Conception erst nach seinem Tode erfolgte, können deshalb nicht seine Intestaterben werden, auch nicht durch successive Berufung.[1]

Auch die Grundsätze des früheren Rechts über die familienrechtlichen Wirkungen der Adoption und der unehelichen Verwandtschaft haben unverändert ihre Geltung behalten. Durch die Adoption werden nach wie vor die Rechte der Cognation in der natürlichen Familie nicht berührt;[2] und in der Adoptivfamilie ist das durch sie begründete Familienverhältniß ein verschiedenes, je nachdem sie durch eine Frau geschieht[3] oder durch einen Mann, und in diesem Fall, je nachdem sie eine s. g. adoptio plena oder minus plena ist.[4] Ebenso gilt für uneheliche Kinder nach wie vor der Satz: sie haben, wie die ehelichen Kinder, eine Mutter und mütterliche

---

nur noch als hart und inconsequent erwies. Deshalb wurde es von Justinian in der Novelle 118 völlig aufgehoben und die Cognation zur ausschließlichen Grundlage der Erbfolge gemacht, unter Beseitigung des Vorzuges der Männer vor den Frauen, wie er im alten Recht Statt fand, und der prätorischen Vorschrift, welche den Erbanspruch der Cognaten auf den sechsten resp. siebenten Grad einschränkte. Ueber den Entwickelungsgang des Erbrechts der Descendenten, Ascendenten und Collateralen bis zur Novelle 118 und 127 vgl. mein System S. 2 ff., S. 15 ff., v. Vangerow, Pand. § 406 ff., Schirmer, Erbr. S. 127 ff.

[1] Gegen die von einigen Juristen vertretene Ansicht, Justinian habe in der Novelle 118 den alten Begriff der Cognation verlassen und seine neue Erbordnung nur auf das Descendenten-, Ascendenten- und Collateralenverhältniß basirt, und gegen die daraus gezogene Schlußfolgerung, es sei nach dem Geiste der Novelle die Berufung zur Intestaterbfolge überhaupt nicht mehr (Löbenstern), oder wenigstens nicht mehr für den Fall der successiven Berufung (Schirmer, Erbr. § 10 Note 157) durch die Coexistenz des Erblassers und des Erben bedingt, vgl. § 3 S. 64 Note 2 und neben den dort Citirten Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 382 Note 12 und § 383 Note 2. Vgl. auch § 4 S. 79 ff.

[2] l. 1 § 4 D. unde cogn. (38. 8), l. 4 § 10 D. de gradib. (38. 10). § 3 I. de succ. cogn. (3. 5).

[3] c. 5 C. de adopt. (8. 47). Diocl. (291).

[4] c. 10 C. eod. Iustinian. (530). § 2 I. de adopt. (1. 11).

Verwandte,[1] aber einen Vater und väterliche Verwandte haben ſie nicht,[2] ſoweit ſie nicht den ehelichen Kindern gleichgeſtellt ſind.[3] Aus dieſen Principien ergeben ſich die Inteſtaterbfolgerechte, welche die Adoptivverwandtſchaft (§ 60) und die uneheliche Verwandtſchaft (§ 61) nach der Novelle 118 gewähren.

a. Adoptivverwandtſchaft.*

§ 60.

I. Der ſ. g. plene adoptatus gehört zwei Familien an: ſeiner leiblichen und der Adoptivfamilie.[4] In der leiblichen Familie

[1] l. 2, l. 4, l. 8 D. unde cogn. (38. 8), l. 4 § 2 D. de gradib. (38. 10), § 7 I. de SC. Tert. (3. 3), § 3 I. de SC. Orfit. (3. 4), § 4 I. de succ. cogn. (3. 5), vgl. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 256, aber auch Bd. 29 Nr. 43.

[2] § 12 I. de nupt. (1. 10), l. 23 D. de statu hom. (1. 5).

[3] Dies ſind die Legitimirten und die Kinder aus einer putativen Ehe, § 13 I. de nupt. (1. 10), c. 2. 8. 14. 15 X qui filii sint leg. (4. 17); ob und wieweit nach heutigem Recht auch die Brautkinder, iſt beſtritten; ſ. unten § 61.

* Glück's Comment. Bd. 2 S. 363 ff., Mühlenbruch ebenda Bd. 35 S. 166 sub 2 ff., Büchel, Streitfragen aus der Novelle 118 S. 18 ff. (1839), v. Vangerow, Pand. § 412, Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 2 § 139 Anm. 35. 55, § 162 sub II, Schirmer, Erbr. § 11, Windſcheid, Pand. (6. Aufl.) Bd. 2 § 524, Bd. 3 § 571.

[4] Die c. 10 C. de adopt. (8. 47), welche den Unterſchied zwiſchen der ſ. g. adoptio plena und minus plena einführte, wurde durch die ſchon unter den römiſchen Juriſten beſtrittene Frage veranlaßt, ob ein Adoptivkind wegen Uebergehung im Teſtament des leiblichen Vaters die querela inofficiosi habe, c. 10 cit. pr. Zu der Zeit, wo Juſtinian dieſe Conſtitution erließ, (530), gab es noch kein reines Erbrecht der Deſcendenz. Eine Erbfolgeordnung, nach welcher die cognatiſchen Deſcendenten die erſten Erben waren, galt nur beim Tode einer Frau: hier wurden an erſter Stelle ihre Söhne und Töchter (ex SC. Orfitiano) und ihre Enkel von verſtorbenen Söhnen oder Töchtern (ex constitutionibus principum) berufen, vgl. mein Syſtem S. 32 ff. Beim Tode eines Mannes aber wurden Deſcendenten deſſelben, die ſich in einer Adoptivfamilie befanden, nicht wie ſeine liberi behandelt: ſie waren nur liberi des Adoptivvaters, ihrem leiblichen Vater gegenüber waren ſie blos Cognaten, die ihn erſt in der dritten Inteſtatclaſſe unde proximi cognati beerbten, Gaius II 136. 137, III 27. 31. Später wurde in zwei Fällen eine Ausnahme zugelaſſen: a) der von einem väterlichen Aſcendenten Adoptirte ſollte, weil er nicht in eine fremde Familie kam, zur Erbſchaft auch ſeines leiblichen Vaters oder Großvaters

bleibt er mit den Gliedern derſelben nach wie vor cognatiſch verwandt.[1] In der Adoptivfamilie tritt er in den Kreis der Agnaten

in der Claſſe unde liberi berufen werden, l. 3 § 7. 8, l. 21 § 1 D. de b. p. c. t. (37. 4); b) wenn Jemand ſeinen Sohn emancipirte und ſich dann arrogiren ließ, ſollte dadurch dem Sohne die Succeſſion in der Claſſe unde liberi nicht verloren gehen, weil durch die Arrogation des Vaters der Sohn keinen andern Vater erhielt, l. 17 D. eod., l. 3 § 9, l. 14 § 1 D. eod. Im Uebrigen hielt man noch an dem Familienbande der Poteſtas feſt, ſo daß der von einem mütterlichen Ascendenten Adoptirte ſeinem leiblichen Vater erſt in der Claſſe unde proximi cognati ſuccedirte, obwohl den beiden erwähnten Ausnahmsfällen bereits der Gedanke zu Grunde lag, daß das Eltern- und Kindesverhältniß ſeinem Weſen nach ein natürliches Band iſt, welches als ſolches durch ein rein juriſtiſches nicht aufgelöſt werden kann. Auf dieſem Gedanken beruht auch die c. 10 cit. von Juſtinian, die in manchen wichtigen Beziehungen abweichende Auslegungen erfahren hat, vgl. die zu dieſem Paragraphen citirte Literatur. Nach dieſer Conſtitution ſoll durch die Adoption das Kindesverhältniß zum natürlichen Vater nur dann aufgelöſt und durch das Kindesverhältniß zum Adoptivvater erſetzt werden können, wenn zwiſchen dieſem und dem Adoptirten ſchon ein natürliches Kindesverhältniß beſteht, d. i. wenn der leibliche Vater ſein Kind einem leiblichen Ascendenten deſſelben in Adoption gegeben hat. Nur in dieſem Fall ſoll demgemäß die Adoption noch mit den ihr nach dem bisherigen Recht zukommenden Wirkungen erfolgen (pristina iura tali adoptioni servavimus, § 14 I. de hered. quae ab int. 3. 1, § 8 I. quib. mod. ius pot. solv. 1. 12), alſo das Adoptivkind in die Poteſtas und damit in die agnatiſche Familie des Adoptivvaters kommen, folgeweiſe Notherben- und Pflichttheilsrecht nur gegen dieſen haben, dem leiblichen Vater aber ab intestato wie bisher ſuccediren: bei der Adoption durch einen väterlichen Ascendenten in der Claſſe unde liberi, bei der Adoption durch einen mütterlichen Ascendenten aber in der Claſſe unde cognati; und im Fall der Emancipation bei Lebzeiten des leiblichen Vaters ſoll das Adoptivkind wieder in das Kindesverhältniß zu dieſem zurücktreten, § 2 I. de adopt. (1. 11) . . . si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate huiusmodi patris adoptivi sit. c. 10 cit. § 1 a . . et ad eum tantummodo filius adoptivus spes totas extendat et non patris naturalis

[1] § 3 I. de leg. agn. tut. (1. 15), l. 8 D. de R. I. (50. 17), § 3 I. de succ. cogn. (3. 5), § 11 I. de hered. quae ab int. (3. 1).

des Adoptivvaters ein. Zu dieſem ſelbſt kommt er in das rechtliche Verhältniß eines in der Ehe erzeugten Kindes, und gegen

---

successionem molestare concedatur . . . et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit. § 1c . . . haec manere integra, nisi avus et proavus emancipatum fecerint filium adoptivum: tunc etenim necesse est iterum ad patrem naturalem eum reverti, cum emancipationis interventu adoptio in quamcunque personam facta dissolvitur. l. 1 § 6, l. 4 D. si tab. test. null. ext. (38. 6). Wenn dagegen der leibliche Vater ſein Kind einem extraneus, d. i. einer Perſon, die nicht leiblicher Ascendent deſſelben iſt, in Adoption giebt, ſo ſoll daſſelbe in ſeiner Poteſtas bleiben, nicht in die Poteſtas und in die agnatiſche Familie des Adoptivvaters kommen und folgeweiſe auch ein Pflichttheilsrecht blos gegen den leiblichen, nicht gegen den Adoptivvater haben, ſondern dieſen nur ab intestato wie ein heres suus beerben, ſofern die Adoption nicht durch Emancipation wieder aufgelöſt worden iſt: § 2 cit. I. de adopt. Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura potestatis naturalis patris minime dissolvantur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate eius est, licet ab intestato iura successionis ei a nobis tributa sunt. c. 10 cit. pr. i. f., § 1d—§ 3.

Den Anſtoß zu dieſer Neuerung Juſtinian's gab die Erfahrung, daß nach dem bisherigen Rechtszuſtande ein Adoptivkind um ſein Notherben- und Pflichttheilsrecht gegen den leiblichen und gegen den Adoptivvater kommen konnte: gegen jenen hatte es daſſelbe nicht, wenn es ſich beim Tode deſſelben noch in der Adoptivfamilie befand, und wenn es vom Adoptivvater nach dem Tode des leiblichen Vaters emancipirt wurde, hatte es auch gegen Uebergehung in deſſen Teſtament keinen Schutz c. 10 cit. pr.; § 10—14 I. de hered. quae ab int. (3. 1). Ließ man, wie es die c. 10 cit. vorſchrieb, nur das vom leiblichen Vater einem leiblichen Ascendenten in Adoption gegebene Kind als ſ. g. plene adoptatus in die Familie des Adoptivvaters eintreten, ſo ſtellte deſſen Liebe das Adoptivkind gegen die Emancipation nach dem Tode des leiblichen Vaters und damit gegen den Verluſt des Notherben- und Pflichttheilsrechts gegen den Adoptivvater ſicher: c. 10 cit. § 1b . . in hoc casu invenimus, ubi nullius circumventionis suspicio potest aliquam sibi vindicare licentiam, avita et proavita affectione haec omnia resecante; und ebenſo ſicherte man dem vom leiblichen Vater einem extraneus in Adoption gegebenen Kinde das Notherben- und Pflichttheilsrecht gegen den leiblichen Vater, wenn man in dieſem Fall das Adoptivkind als ſ. g. minus plene adoptatus nicht in die Poteſtas und in die agnatiſche Familie des Adoptivvaters eintreten ließ. Die Adoption erfolgt hier nur auf Grund einer perſönlichen Zuneigung des Adoptivvaters: dieſem Verhältniß entſpricht, daß die Adoption für das Adoptivkind nur ein Inteſtaterbrecht ohne Pflichttheilsrecht gegen den Adoptivvater begründet, kein

dessen Agnaten hat er als s. g. fictus cognatus auch die Rechte der Cognaten,[1] so lange die Agnation unter ihnen fortdauert.[2] Da-

Intestaterbrecht für diesen und kein erbrechtliches Verwandtschaftsverhältniß mit der Familie des Adoptivvaters, und daß es das erbrechtliche Verhältniß zu dem leiblichen Vater und dessen Familie überhaupt nicht berührt, c. 10 cit. § 1d, 1g.

Auf die datio in adoptionem von Seiten des pater naturalis beschränkt sich die Neuerung Justinian's, auf die Arrogation erstreckt sie sich nicht. Die Arrogation ist stets eine adoptio plena, c. 10 cit. § 4 i. f., § 5: bei ihr ist anderweitige Fürsorge getroffen, daß die Interessen des Arrogirten unter derselben nicht leiden, Windscheid, Pand. § 523 sub d. Die datio in adoptionem des pater naturalis begreift aber unzweifelhaft auch die datio in adoptionem eines plene adoptatus von Seiten des Adoptivvaters, der ja zugleich sein parens naturalis ist. Wird der plene adoptatus bei Lebzeiten seines leiblichen Vaters emancipirt, so erhält er das Notherben- u. Pflichttheilsrecht gegen diesen wieder, c. 10 cit. § 1a: wird er aber weiter in Adoption gegeben, so ist das nicht der Fall, deshalb darf auch hier die Adoption nicht immer, wie die herrschende Doctrin annimmt (v. Vangerow, Pand. Bd. 1 § 250 Anm. sub 2, Windscheid, Pand. § 524 Note 2, Schirmer, Erbr. § 11 Note 10), sondern nur dann eine plena sein, wenn sie wieder an einen leiblichen Ascendenten des Kindes, nicht wenn sie an einen extraneus erfolgt: hier hat das Adoptivkind Notherben- und Pflichttheilsrecht gegen den ersten Adoptivvater der sein parens naturalis ist, nicht gegen den zweiten, der ihm als extraneus keine Garantie gegen eine lieblose Emancipation geben würde; die nach richtiger Ansicht erforderliche Zustimmung des Kindes zur Emancipation (Windscheid, Pand. § 525 Note 12, a. M. v. Vangerow, Pand. § 257 sub 2) schließt, da das Kind sie dem Vater nicht leicht versagt, diese Liebloſigkeit nicht aus. Die datio in adoptionem an einen extraneus ist nur dann eine plena wenn das in Adoption gegebene Kind nicht in unmittelbarem Erbrechtsverhältniß zu dem parens naturalis steht, also wenn der Großvater den Enkel bei Lebzeiten des Vaters in Adoption giebt; hier wird sie aber nachträglich eine minus plena, wenn der Vater bei Lebzeiten des Großvaters stirbt und damit ein unmittelbares Erbrechtsverhältniß Platz greift: c. 10 cit. § 4 Quae in filio diximus in adoptionem a patre dato, haec et in filia et in nepote et in nepte et deinceps personis utriusque sexus in sacris constitutis extendimus, si tamen tempore mortis avi sui parentes eos vel eas non antecedant: si enim patres eos antecedant (ubi nec imponitur necessitas avo aliquid nepoti vel nepti relinquere) maneant omnia iura adoptiva ei intacta.

Diese Vorschriften der c. 10 über die familienrechtlichen Wirkungen

[1] l. 1 pr., l. 23 D. de adopt. (1. 7), l. 1 § 4 D. unde cogn. (38. 8).

[2] § 10 I. de hered. quae ab int. (3. 1). Gaius II. 136.

gegen zur den bloßen Cognaten des Adoptivvaters und zu dessen Ehefrau steht er in keinem Verwandtschaftsverhältniß.[1] Demgemäß

der Adoption haben weder durch das spätere römische Recht, noch durch das einheimische Recht Abänderungen erfahren. Die Ansicht einzelner Juristen, die Adoption begründe nach heutigem Recht nur ein Verwandtschaftsverhältniß des Adoptivkindes zum Adoptivvater und dessen in seiner Gewalt befindlichen Kindern und ferneren Descendenten (Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 139 Anm. 35, Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 1 S. 170, Bd. 3 S. 129), läßt sich ebenso wenig rechtfertigen, wie die anderweitige Meinung (Buchta, Pand. § 445 a. E., Sintenis a. a. O. Note 62), nach dem Geist des neueren Rechts dauere die Verwandtschaft des Adoptirten mit der Adoptivfamilie nur bis zum Tode des Adoptivvaters. Es giebt keine gemeinrechtliche Norm, auf welche man sich dafür berufen könnte. Ebenso fehlt es bis jetzt an einem ausreichenden Nachweis für die Behauptung, die Adoption habe „in ihrer römisch-rechtlichen Eigenthümlichkeit als ein zum Erwerb der väterlichen Gewalt dienender und letztere zum Ausgangspunkt für das dadurch begründete Erbrecht nehmender Rechtsact in Deutschland keine Aufnahme gefunden, sie bezwecke nach heutigem Recht die Begründung eines Kindesverhältnisses, auf Grund dessen für den Adoptirten und seine ehelichen Nachkommen dem Adoptirenden gegenüber ein von dem Existentwerden der väterlichen Gewalt unabhängiges Erbrecht entstehe", z. B. auch für die ehelichen Descendenten einer Adoptivtochter, die niemals in einem Agnationsverhältniß zum Adoptivvater gestanden hätten, vgl. Seuffert, Arch. Bd. 37 Nr. 231, Dernburg, Pand. Bd. 3 § 30, und dagegen Windscheid, Pand. § 524 u. § 571 Note 6, Schirmer, Erbr. § 11 Note 26, die an den Vorschriften des römischen Rechts festhalten. Das Erbrecht von Descendenten eines Adoptivkindes, die nicht den Namen des Adoptivvaters führen, dürfte auch der heutigen Rechtsanschauung nicht entsprechen. In der That ist durch das einheimische Recht nur Ein römischer Adoptionsfall ausgeschlossen worden, der oben erwähnte Fall der c. 10 cit. § 4: die datio in adoptionem des Enkels durch den Großvater, da es nach den Grundsätzen der emancipatio germanica wohl ein casus rarissimus sein wird, daß der Vater seinen verheiratheten Sohn und durch ihn die Kinder oder Enkel dieses Sohnes in seiner väterlichen Gewalt hätte, v. Wächter, Pand. § 250 S. 602, § 251 S. 606 sub c.

Hiernach bestimmen den Einfluß der Novelle 118 auf den dargelegten Rechtszustand folgende Sätze:

1) Die Intestatsuccession des minus plene adoptatus ist durch sie nicht berührt; ebensowenig die Succession des plene adoptatus in der Adoptivfamilie und in das Vermögen der leiblichen Mutter.

2) In das Vermögen des leiblichen Vaters succedirte der plene adoptatus nach früherem Recht in der Classe unde liberi oder unde cognati; nach

[1] l. 4 § 10, l. 5 D. de grad. (38. 10).

hat der plene adoptatus ein doppeltes actives und passives Erbrecht: in der leiblichen und in der Adoptivfamilie. In der leiblichen Familie beerbt er seine Cognaten, wie wenn er überhaupt nicht adoptirt

---

der Novelle 118 hat er als cognatischer Descendent das Successionsrecht in der ersten Classe, die sämmtliche Descendenten des Erblassers beruft ohne Vorzug der Agnaten vor den Cognaten, Nov. 118 c. 1. 4 in omnibus successionibus agnatorum et cognatorum differentiam cessare volumus, sive propter feminam personam, sive propter emancipationem, vel alium quemlibet modum in prioribus legibus tractata fuerit. Darnach kann beim plene adoptatus nicht mehr in Betracht kommen, ob er nach dem früheren Recht den leiblichen Vater in der Classe unde liberi oder unde cognati beerbte, sondern nur daß er cognatischer Descendent seines leiblichen Vaters ist. Die abweichenden Ansichten bedürfen kaum der Widerlegung: a) v. Löhr, Magazin f. Rechtsw. u. Gesetzgeb. Bd. 3 S. 386 ff., (ebenso Puchta, Pand. u. Vorl. § 454) will den plene adoptatus in das Vermögen des leiblichen Vaters nicht in der ersten, sondern in der vierten Classe der Nov. 118 succediren lassen, obwohl hier nur Seitenverwandte berufen werden: aus dem Umstande, daß er im alten Recht in der Classe unde cognati, nicht in der Klasse unde liberi succedirte, ergebe sich, daß man ihn gar nicht als Descendenten des leiblichen Vaters betrachtet habe; b) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 173 ff. spricht dem plene adoptatus alles Erbrecht in das Vermögen des leiblichen Vaters ab: der Prätor habe dem Adoptirten kein Kindeserbrecht in der Klasse unde liberi gegen den leiblichen Vater gegeben, weil er es schon in der Adoptivfamilie hatte, und Niemand zwei Väter haben könne. Dabei ist übersehen, daß dies nur beim Notherben- und Pflichttheilsrecht in Betracht kommt und bei diesem in der c. 10 cit. berücksichtigt ist. Vgl. gegen diese abweichenden Ansichten v. Vangerow a. a. O. und Schirmer a. a. O. Note 25.

3) Der plene adoptatus wird in der zweiten Classe der Nov. 118 von seinen cognatischen Ascendenten, also nicht blos von seinen leiblichen Eltern, sondern auch von seinem Adoptivvater beerbt, der als sein agnatischer Ascendent auch die Rechte der Cognation hat, aber neben diesen Ascendenten beerben ihn nur seine vollbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder, nicht die Adoptivgeschwister; diese succediren ihm als halbbürtige Geschwister erst in der dritten Classe in Concurrenz mit seinen leiblichen consanguinei oder uterini. Ebenso beerbt der plene adoptatus seine Adoptivgeschwister erst in der dritten Classe. Löhr a. a. O. nimmt in Uebereinstimmung mit seiner oben erwähnten Ansicht an, der Adoptivvater werde durch den leiblichen Vater ganz ausgeschlossen, und Mühlenbruch a. a. O. will umgekehrt den leiblichen Vater ganz ausschließen und nur eine Concurrenz der leiblichen Mutter und des Adoptivvaters zulassen: vgl. dagegen v. Vangerow a. a. O., Schirmer a. a. O., Windscheid, Pand. § 571.

wäre; ebenſo wird er auch von ihnen beerbt, aber unter Concurrenz der gleichſtehenden Adoptivverwandten, z. B. zugleich vom leiblichen und vom Adoptivvater.[1] In der Adoptivfamilie beerbt er nur die Perſonen, mit denen er agnatiſch verwandt iſt, und wird auch nur von dieſen Perſonen beerbt.

Eine adoptio plena mit dieſen Wirkungen findet in folgenden Fällen Statt: a. wenn der Vater ſein leibliches Kind einem leiblichen Aſcendenten deſſelben in Adoption giebt;[2] b. wenn der Adoptivvater den plene adoptatus einem leiblichen Aſcendenten weiter in Adoption giebt;[3] c. wenn die Adoption eine Arrogation iſt.[4] Für den arrogirten impubes gilt aber eine beſondere Vorſchrift: er hat in der agnatiſchen Familie des Arrogators, ſo lange er im Alter der Unmündigkeit ſteht, actives, aber kein paſſives Erbrecht; ſtirbt er intra pubertatem ſo fällt ſein Vermögen nur an die Perſonen, welche ihn ohne die Arrogation beerbt haben würden, dieſen muß deshalb bei der Arrogation cautio de restituendo durch Bürgen vom pater arrogator beſtellt werden.[5]

II. Der ſ. g. minus plene adoptatus kommt nicht in die patria potestas und folgeweiſe auch nicht in die agnatiſche Familie des Adoptivvaters. Er ſteht in keinem Verwandtſchaftsverhältniß zu den Verwandten des Adoptivvaters, ſondern nur zu dieſem ſelbſt in einem ſingulären Kindesverhältniß mit folgender erbrechtlichen Wirkung: das Adoptivkind beerbt den Adoptivvater ab intestato wie ein Deſcendent, aber das Kindesverhältniß begründet für den Adoptivvater kein Inteſtaterbrecht, und für das Adoptivkind kein Notherbrecht. Dieſe adoptio minus plena tritt ein, wenn ein Kind von ſeinem leiblichen Vater, oder der plene adoptatus von ſeinem Adoptivvater einer Perſon, die nicht ein leiblicher Aſcendent des Kindes iſt (extraneus), in Adoption gegeben wird.[6]

---

[1] Vgl. S. 387 Note 4.

[2] § 2 I. de adopt. (1. 11), c. 10 cit. § 1 a.

[3] Vgl. über die widerſprechenden Anſichten S. 387 Note 4.

[4] c. 10 cit. § 5. Ueber den heute nicht wohl vorkommenden Fall der c. 10 cit. § 4 vgl. S. 387 Note 4.

[5] § 3 I. de adopt. (1. 11), l. 18—l. 22 D. h. t. (1. 7).

[6] § 2 I. de adopt. (1. 11), c. 10 cit. pr. § 1, § 1 d—§ 3. Vgl. S. 387 Note 4.

III. Die Adoption durch eine Frau erzeugt kein Verwandtschaftsverhältniß zwischen dem Adoptivkinde und den Verwandten der Frau, aber zu der Frau bringt sie dasselbe in das Verhältniß einer legitima soboles mit gegenseitigem Intestat- und Notherbenrecht.[1]

Ueberall wo die Adoption ein Erbrecht begründen soll, muß der Erbfall selbstverständlich während der Dauer der Adoptivverwandtschaft eintreten. Ist diese bereits vor dem Erbfall aufgehoben, so hat sie aufgehört ein Successionsgrund zu sein. Bei der Adoption durch einen Mann erfolgt die Aufhebung durch die römische Emancipation des Adoptirten,[2] aber nicht durch den Tod des Adoptivvaters,[3] und nicht durch die s. g. emancipatio germanica.[4] Die Emancipation eines arrogatus impubes setzt gerichtliche causae cognitio und Approbation voraus; erfolgt sie ohne diese, so erhält der impubes statt seines Intestaterbrechts ein anomales Pflichttheilsrecht: das Recht auf die s. g. Quarta divi Pii.[5] Bei der Adoption durch eine Frau kann das Adoptivverhältniß nur in derselben Weise aufgehoben werden, wie es entstanden ist: per rescriptum principis.[6]

b. Uneheliche Verwandtschaft.*

§ 61.

Uneheliche Kinder haben der Mutter und den mütterlichen Verwandten gegenüber als deren Cognaten ein gleiches actives und

---

[1] c. 5 C. de adopt. (8. 47). § 10 I. h. t. (1. 11). Vgl. Windscheid, Pand. § 524 Note 9. In der c. 10 cit. wird diese Adoption überhaupt nicht erwähnt, deshalb ist für sie das alte Recht unverändert in Geltung geblieben.

[2] l. 1 § 6, l. 4 D. si tab. test. null. ext. (38. 6), c. 10 cit. § 1 c. Auch das Kindesverhältniß des minus plene adoptatus wird durch die Emancipation aufgelöst, obwohl hier der Adoptivvater keine väterliche Gewalt hat, c. 10 cit. § 2.

[3] l. 195 § 2 i. f. D. de V. S. (50. 16). Ueber die widersprechenden Ansichten hinsichtlich des heutigen Rechts vgl. S. 387 Note 4.

[4] Sintenis, a. a. O. § 139 Note 62, Puchta, Pand. § 445 a. E.

[5] § 3 i. f. I. de adopt. (1. 11), c. 2 C. h. t. (8. 47), l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5).

[6] Puchta, Pand. § 444. A. M. Sintenis a. a. O. § 139 Note 65.

* Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 35 S. 158 ff., v. Bangerow, Pand. § 413, Sintenis, Civilr. § 165 sub A, Schirmer,

passives Erbrecht wie die ehelichen Kinder.[1] Dagegen dem Vater und den väterlichen Verwandten gegenüber steht ihnen weder actives noch passives Erbrecht zu.[2] Eine Ausnahme tritt nur für die unehelichen Kinder ein, die durch Rechtsvorschrift den ehelichen gleichgestellt sind. Dies sind: 1) die legitimirten Kinder,[3] gleichviel ob die Legitimation durch nachfolgende Ehe oder durch landesherrliches Rescript erfolgt ist,[4] 2) nach canonischem Recht die Kinder aus einer putativen Ehe,[5] wenn die Ehe öffentlich,[6] also nach voraufgehendem Aufgebot geschlossen ist: war einer der Ehegatten in mala fide, so hat er kein Erbrecht gegen die Kinder, aber die Kinder haben es auch gegen ihn;[7] 3) nach der Praxis, die jedoch nicht überall anerkannt ist, die Brautkinder, wenn sie nach vorgängigem gültigem Verlöbniß erzeugt sind, und die Vollziehung der Ehe durch den Tod eines der Verlobten oder durch grundlose Weigerung des Bräutigams unmöglich geworden ist.[8]

Erbr. § 12 S. 220 ff., Windscheid, Pand. § 571 Note 11 ff., Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 383 S. 130.

[1] Vgl. § 59 S. 387 Note 1. Die Vorschriften des römischen Rechts über die Erbunfähigkeit der unehelichen Kinder einer mater illustris in c. 5 C. ad SC. Orfit. (6. 57) und der incestuosi in c. 6 C. de inc. nupt. (5. 5) u. Nov. 12 sind heute unpraktisch; vgl. § 3 S. 63 Note 1 sub d. Adulterini waren schon nach römischem Recht nicht erbunfähig; sie waren den incestuosi nicht gleich gestellt, mein System § 5 Note 37 Windscheid a. a. O. Note 13, 14.

[2] l. 4 D. unde cogn. (38. 8), § 4 I. de succ. cogn. (3. 5). Vgl. § 59 S. 387 Note 2.

[3] Vgl. § 59 S. 387 Note 3.

[4] Die bloße Anerkennung macht das uneheliche Kind nicht zu einem ehelichen, Windscheid, Pand. § 522 Note 7.

[5] Vgl. § 59 S. 387 Note 3.

[6] c. 3 § 1 X de cland. despons. (4. 3), c. 10 X qui fil. sint legit. (4. 17).

[7] Schirmer, Erbr. § 12 S. 213 ff.

[8] Ueber die Begründung dieses Erbrechts der Brautkinder vgl. Uihlein, Arch. f. civ. Pr. Bd. 13 S. 121 ff., Pfeiffer, Prakt. Ausführung, Bd. 8 S. 401 ff., Schirmer, Erbr. § 12 S. 215 ff.; vgl. auch Glück, Comment. Bd. 2 S. 113 ff. Anerkannt ist dasselbe in folgenden Erkenntnissen: Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 65, 66, Bd. 9 Nr. 189, Bd. 26 Nr. 46 (Darmstadt), Bd. 15 Nr. 143 (Jena), Bd. 19 Nr. 166 (Celle). Entscheidungen welche ein solches gemeines Gewohnheitsrecht in Abrede stellen,

Kein Intestaterbrecht, aber ein gesetzliches Vermächtnißrecht giebt das Justinianische Recht unter gewissen Voraussetzungen den Concubinenkindern ersten Grades.[1] Sie sollen, wenn ihr Vater ohne legitime Ehefrau und ohne legitime leibliche oder adoptirte Kinder verstorben ist, ab intestato das Recht auf den sechsten Theil der erbschaftlichen Activa haben. Lebt auch die Concubine noch, so kann sie von diesem Vermächtniß der Kinder einen Kopftheil für sich in Anspruch nehmen. Lebt aber beim Tode des Vaters nur noch die Concubine, so ist diese ganz vom Nachlaß ausgeschlossen.[2] Die Forderung auf einen Kopftheil steht ihr nur gegen die Concubinenkinder zu; diesen allein wird das Vermächtniß deferirt. Beim Tode der Concubinenkinder hat das Vermächtnißrecht unter gleichen Voraussetzungen ihr Vater,[3] aber nur er selbst, nicht auch die väterlichen Verwandten.[4] Mit

finden sich in Seuffert's Arch. Bd. 5 Nr. 200 (Kiel), Bd. 12 Nr. 344 (Rostock), Bd. 25 Nr. 40 (Berlin), Bd. 32 Nr. 252 (München), Bd. 37 Nr. 127 (R. G.); vgl. Heffter, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. 20 S. 256 ff. Für die Ausdehnung des Erbrechts gegen die väterlichen Verwandten: Schirmer, Erbr. § 12 S. 218 ff., Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 66, Bd. 9 Nr. 189. Für die Ausschließung des Erbrechts des Vaters gegen das Brautkind, wenn er der schuldige Theil ist: Zimmermann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 38 S. 194 ff.

[1] Nov. 18 c. 5, Nov. 89 c. 12.

[2] Schirmer, § 12 Note 27.

[3] Nov. 89 c. 13. Schirmer, § 12 Note 26.

[4] c. 12 i. f. C. de nat. lib. (5. 71). Schirmer, § 12 Anm. 27. — Eine Stelle in der Familie des Erblassers ist den Concubinenkindern und ihrer Mutter nicht eingeräumt. Was sie erhalten, kommt ihnen nur principali clementia (Nov. 18 c. 5 pr.) zu, nicht als Gliedern der Familie und deshalb nicht in Form des Erbrechts, sondern in Form eines gesetzlichen Vermächtnisses, mit welchem die Universalsuccessoren belastet sind. Ihre Berechtigung steigert sich auch in Ermangelung aller Verwandten nicht bis zu einem Erbrecht; sie schließt selbst den Fiscus nicht aus und bleibt neben diesem nach Umfang und Form dieselbe, Nov. 18 c. 5, Nov. 89 c. 12 § 4. Si quis autem defunctus fuerit ... non disponens de substantia sua et veniat cognatio forsan, aut etiam manumissor, utpote bonorum possessionem moveus et insurgens, aut etiam nostrum aerarium (nam nec illi quantum ad hoc parcimus), sit autem ei donec vixerit libera mulier in schemate concubinae sociata et filii ex ea ..., damus iis et intestatis parentibus defunctis duas paternae substantiae uncias habere cum matre partiendas, quanticunque

dem Verbot des Concubinats durch das canoniſche Recht und die Reichsgeſetze[1] haben dieſe Vorſchriften ihre Geltung verloren. Es wird behauptet, daß ſie durch deutſches Gewohnheitsrecht auf uneheliche Kinder überhaupt, ſofern der Vater dieſelben anerkannt habe,[2] übertragen worden ſeien,[3] aber dieſes Gewohnheitsrecht iſt nicht unbeſtritten.[4]

2. Ehe.*

§ 62.

Unter den Affinitätsverhältniſſen[5] iſt ein Succeſſionsgrund für die Inteſtaterbfolge allein die rechtsgültige,[6] durch den Tod getrennte[7] Ehe: nicht auch die putative Ehe, und nicht die Ehe, welche durch Scheidung aufgelöſt iſt. Dieſer Succeſſionsgrund hat ſeinen

---

fuerint filii, ut unius filii portionem mater accipiat. Die herrſchende Anſicht nimmt ein Inteſtaterbrecht der Concubinenkinder an, vgl. die cit. Literatur; dagegen ſpricht ſchon die Erwägung, daß ſelbſt die Berechtigung der armen Wittwe auf ihren Antheil am Nachlaß, und die Berechtigung des arrogatus impubes auf die Quarta divi Pii keine Erbrechte, ſondern nur geſetzliche Vermächtniſſe ſind; vgl. mein Syſtem S. 37—40 und dagegen Windſcheid a. a. O. Note 12 a. E.

[1] c. 6 Dist. 34. R. P. O. 1530 Tit. 33, 1548 Tit. 25 § 1, 1577 Tit. 26 § 1.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 88, Bd. 23 Nr. 286.

[3] Mayer, Das Inteſtaterbrecht der liberi naturales nach dem heut. röm. Recht (1838), Sintenis a. a. O., v. Bangerow a. a. O., Schirmer a. a. O. Note 31 ff., Brinz a. a. O., Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 87 (Stuttgart), Bd. 1 Nr. 88 (Wiesbaden), Bd. 8 Nr. 67 (Darmſtadt).

[4] In Abrede geſtellt wird daſſelbe in folgenden Erkenntniſſen: Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 223 (Lübeck), Bd. 7 Nr. 202 (Celle), Bd. 12 Nr. 343 (Roſtock), Bd. 25 Nr. 40, Bd. 29 Nr. 42 (Berlin), Bd. 40 Nr. 215 (R. G.); vgl. v. Holzſchuher, Theor. u. Caſuiſt. d. gem. Civilr. Bd. 2 § 134 S. 652 ff.

* Schirmer, Erbr. § 13.

[5] c. 7 C. comm. de succ. (6. 59), c. 3 eod. Ueber c. 5 eod. vgl. Schirmer a. a. O. Note 2.

[6] l. un. pr. D. unde vir et uxor (38. 11) ... iustum esse matrimonium oportet.

[7] l. un. cit. § 1 ... uxorem esse oportet mortis tempore, sed si divortium quidem secutum sit, verum tamen iure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Hiernach iſt das thatſächliche Zuſammen-

Ursprung in dem prätorischen Recht.[1] Der Prätor gab nach allen Verwandten dem überlebenden Ehegatten des Erblassers die bonorum possessio unde vir et uxor. Justinian hat dieses prätorische Erbrecht unverändert in sein neues Intestaterbrecht aufgenommen. An die Intestatklassen der Novelle 118 für die Verwandten des Erblassers schließt sich als letzte Classe die b. p. unde vir et uxor: in Ermangelung von Verwandten fällt die ganze Erbschaft dem überlebenden Ehegatten ab intestato zu.[2] Nach heutigem Recht ist auch in diesem Fall die Delation eine civilrechtliche: auf die Ausübung der Erbberechtigung des überlebenden Ehegatten kommen in jeder Beziehung die Regeln des ius civile zur Anwendung.[3]

B. Erbfolgeordnung.*

1. Classen der Novelle 118.

§ 63.

Die Erbfolgeordnung der Verwandten bestimmt sich nach den natürlichen Stufen der Innigkeit des Verwandschaftsverhält-

leben der Ehegatten bis zum Tode keine Voraussetzung des Erbrechts; es cessirt aber, wenn die Aufhebung desselben mit der Absicht erfolgt, sich von dem Ehebündnisse für immer loszusagen, so daß, obwohl de iure die Ehe noch besteht, factisch ein divortium Statt gefunden hat. Durch außergerichtliche Trennungen, die nicht in dieser Absicht erfolgen, und durch gerichtliche zeitliche Separation, die die Versöhnung und demnächstige Fortsetzung des ehelichen Lebens im Auge hat, wird das Erbrecht nicht ausgeschlossen; vgl. die Ausführung des Erkenntnisses in Seuffert's Arch. Bd. 26 Nr. 45, Windscheid, Pand. § 570 Note 4. Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 383 S. 133. A. M. Schirmer a. a. O. Note 5. 8.

[1] § 7 I. de bon. poss. (3. 9).

[2] c. un. C. unde vir et uxor (6. 18). Das der armen Wittwe nach Nov. 53 c. 6 und Nov. 117 c. 5 neben allen Intestaterben und auch gegen die Testamentserben zustehende Recht am Nachlaß ist kein Erbrecht, sondern ein anomales Pflichttheilsrecht in Gestalt eines gesetzlichen Vermächtnisses auf eine Quote der erbschaftlichen Activa, vgl. Petri, Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe (Straßburger Inauguraldissertation 1874) S. 27 ff. S. 34 ff. Dem Versuch, die Ehegatten bei der Erbfolge neben die Verwandten zu stellen, wurde von Theodosius wieder entgegengetreten, c. 9 C. Th. de leg. hered. (5. 1), vgl. mein System S. 37 ff.

[3] Vgl. § 3 S. 75. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 313.

* Schirmer, Erbr. § 14. v. Vangerow, Pand. § 415—417. Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 384.

niſſes.[1] Nach ihnen, nicht nach der Nähe des Verwandtſchaftsgrades, wo dieſe nicht für die Innigkeit des Verwandtſchaftsverhältniſſes maßgebend iſt, beruft die Novelle 118 die Cognaten des Erblaſſers in vier Claſſen (ordines), von denen die vorgehende die nachfolgenden ausſchließt.

I. Erſte Claſſe. Nov. 118 c. 1.

1) Das Succeſſionsrecht in dieſer Claſſe haben ſämmtliche cognatiſche Deſcendenten des Erblaſſers.[2] Zu ihnen zählen auch die Perſonen, welche der Erblaſſer arrogirt, oder welche er plene oder minus plene adoptirt hat, ſowie die leiblichen Kinder des Erblaſſers, welche durch Adoption oder Arrogation noch einen Adoptivvater erhalten haben; und beim Tode einer Frau gehören zu ihnen auch die von ihr per rescriptum principis adoptirten Kinder und ihre unehelichen Deſcendenten (§ 59—61).

Ein Inteſtaterbrecht haben in der erſten Claſſe nur die Deſcendenten des Erblaſſers. Mit ihnen können aber andere Perſonen als geſetzliche Vermächtnißnehmer concurriren. Dieſe Concurrenz tritt ein: a. wenn der Erblaſſer eine arme Wittwe[3] hinterläßt, oder einen arrogatus impubes, den er ohne gerichtliche Approbation emancipirt hat:[4] beide haben in Geſtalt eines geſetzlichen Vermächtniſſes anomale Pflichttheilsrechte, die als ſolche dem Notherbenrecht angehören;[5] b. wenn eine ohne Teſtament verſtorbene Frau ihren Ehemann hinterläßt und als Erben gewaltfreie Deſcendenten, die ihnen gemeinſchaftlich ſind, gleichviel ob erſten oder entfernteren Grades: hier wird dem Ehemann der Nießbrauch an einer portio virilis des mütterlichen Nachlaſſes deferirt; dieſe portio virilis iſt, weil Deſcendenten die Erbſchaft in stirpes theilen, ein Stammtheil, zu dem die erbenden Deſcendenten

[1] Einleit. S. 3. Mein Syſtem S. 48 ff.

[2] Nov. 118 c. 1 . . . sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit . . . nulla differentia introducenda sive masculi sive feminae sint.

[3] Vgl. § 62 S. 398 Note 2.

[4] l. 17 pr. D. de adopt. (1. 7) . 2 C. h. t. (8. 47), l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5), § 3 I. de adopt. (1. 11).

[5] Vgl. Petri a. a. O. S. 35 ff.

pro rata ihrer Erbportionen gleichmäßig beitragen müſſen;[1] c. wenn der Erblaſſer ein Hauskind iſt: hier behält ſein Vater an den Erbportionen der Deſcendenten den ihm zuſtehenden Nießbrauch.[2]

2) Die Succeſſionsordnung in der erſten Claſſe beſtimmt folgende Regel: der nähere Grad ſchließt den entfernteren von ihm abſtammenden aus, nicht aber den entfernteren von ihm nicht abſtammenden.[3] Neben dem Deſcendenten des nächſten Grades wird der Deſcendent des entfernteſten Grades berufen, wenn die ihm voraufgehenden Deſcendenten nicht mehr am Leben ſind:[4] er ſuccedirt in locum parentis defuncti.[5]

---

[1] c. 3 C. de bon. mat. (6. 60). Der Nießbrauch an der portio virilis wird hier als praemium emancipationis bezeichnet, obwohl er nicht blos deferirt werden ſoll, wenn die erbenden Kinder emancipirte, ſondern auch wenn ſie Tochterkinder ſind, die nie in der patria potestas des Ehemannes waren. Ueber die beſtrittene Berechnung der portio virilis vgl. v. Bangerow a. a. O. § 415 Anm. 2 sub 3, Sintenis, Civilr. § 165 Note 4, Schirmer d. a. O. S. 294 ff. Die praktiſche Geltung der römiſchen Vorſchriften über das praemium emancipationis wird heute mit Recht in Zweifel gezogen, Arndts, Pand. § 436, Windſcheid, Pand. § 525 Note 15, Schirmer a. a. O. Note 59 a. E.; vgl. dagegen Seuffert, Arch. Bd. 27 Nr. 144.

[2] Nov. 118 c. 1 . . . Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in usu harum rerum qui debet aut acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus. c. 3 i. f. C. de bon. quae lib. in pot. (6. 61). Schirmer a. a. O. § 16 S. 293.

[3] Nov. 118 c. 1. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus.

[4] Nov. 118 c. 1 . . cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus.

[5] Nov. 118 c. 1 . . . si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur. § 6 I. de hered. quae ab int. (3. 1) . . . aequum enim esse videtur nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Man ſagte früher auf Grund dieſer Stellen, die Enkel erbten nach „Repräſentationsrecht", und verband mit dieſem Begriff mancherlei falſche Vorſtellungen, z. B. die, daß Enkel nicht iure proprio,

3) Die Erbtheilung unter den nach der Succeſſionsordnung zuſammenberufenen Deſcendenten erfolgt in stirpes: nach Stämmen.[1] Die Erbſchaft wird zunächſt in ſo viele Theile getheilt als Deſcendentenſtämme vorhanden ſind; einen Stamm repräſentirt jedes lebende Kind und jedes verſtorbene Kind mit lebenden Nachkommen. Was auf jeden Stamm fällt, wird wieder nach Stämmen getheilt, bis man zu den zur Erbſchaft berufenen Deſcendenten gelangt. Deſcendenten erſten Grades erhalten alſo Kopftheile, die Enkel aber zuſammen die portio virilis ihres verſtorbenen Parens nach Köpfen;[2] und die auf jeden verſtorbenen Enkel fallende Quote erhalten wieder zuſammen deſſen Kinder und theilen ſie unter ſich in capita u. ſ. w.[3] Mehrere Enkel von einem Kinde zählen demnach, weil ſie in locum parentis ſuccediren, nur für Einen Kopf,

---

ſondern iure praedefuncti parentis ein Inteſtaterbrecht in das Vermögen des Erblaſſers hätten, alſo nur dann, wenn auch ihr Parens hätte erben können, und wenn ſie überdies ſelbſt Erben dieſes Parens geworden wären; vgl. über die auf dieſem Begriff beruhenden Irrthümer und deren Widerlegung v. Vangerow, Pand. § 414, Schirmer, Erbr. § 14 Note 10, Kohler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 59 S. 87 ff. Heute iſt man darüber einverſtanden, daß der Ausdruck in parentis locum succedere nur ſagen will: für die Berufung der Deſcendenten iſt die Gradesnähe nicht maßgebend, cum filiis werden die nepotes ex praemortuo filio berufen und erhalten zuſammen den Erbtheil, den ihr verſtorbener Parens erhalten haben würde, vgl. Windſcheid, Pand. § 572 Note 4 u. die dort Citirten.

[1] § 6 I. de hered. quae ab int. (3. 1). Et quia placuit nepotes neptesque, item pronepotes proneptesque in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi. Gaius III. 7. 8. Ulp. frgm. XXVI. 2. Paul. R. S. IV. 8 § 9.

[2] § 6 cit. I. . . . in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes extant et ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel ad quatuor altera dimidia.

[3] Nov. 118 c. 1 . . . si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere . . . tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.

gleichviel ob der Erblasser blos Enkel von Einem Kinde oder von verschiedenen Kindern hinterlassen hat, und gleichviel ob er nur von Enkeln oder von Descendenten verschiedener Grade beerbt wird.[1]

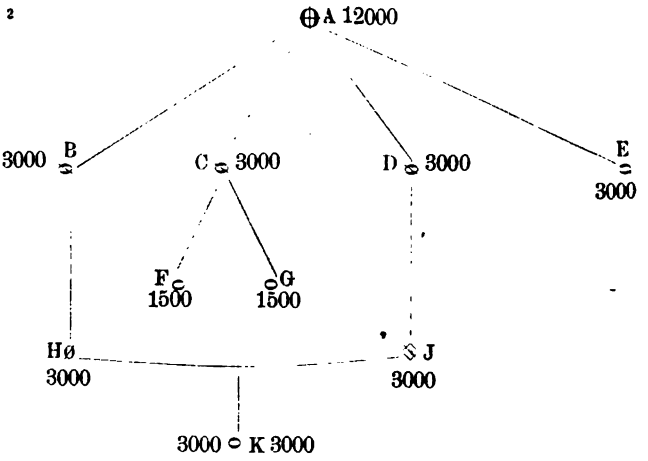
Sind unter den Descendenten solche, die mehr als eine Descendentenlinie mit dem Erblasser verbindet, so erhalten sie wegen dieser mehrfachen Verwandtschaft in Folge der Erbtheilung nach Stämmen auch eine mehrfache Erbportion.[2]

Bei Hinterlassung einer schwangeren Wittwe wird für den nasciturus, weil Drillinge geboren werden können, eine dreifache Erbportion reservirt und darnach provisorisch die Delation regulirt; kommt später kein oder nur ein Postumus zur Welt, so accresciren die ausfallenden Portionen allen zur Erbschaft berufenen Descendenten pro rata, werden aber mehr als drei Kinder geboren, so erfahren

---

[1] Dies wird auch von Wichtigkeit bei der Berechnung der Quote, welche der armen Wittwe von den erbschaftlichen Activen zukommt (§ 62 S. 398 Note 2), wenn ihr die Enkel des Erblassers als Intestaterben gegenüberstehen: hinterläßt z. B. der Erblasser eine arme Wittwe und sechs Enkel von einem verstorbenen Sohn, so erhält sie nicht blos $^1/_7$, sondern $^1/_4$. v. Vangerow, Pand. § 415 Anm. 1, Windscheid, Pand. § 572 Note 5.

[2]



die proviſoriſchen Erbportionen ſämmtlich eine verhältnißmäßige Decreſcenz.[1]

Der Urſprung des Vermögens des Erblaſſers hat auf den Modus der Erbtheilung keinen Einfluß: für dieſe iſt es irrelevant, von wem das Vermögen herſtammt. Es giebt aber Vermögensſtücke, die wegen ihres Urſprungs ganz aus der Erbſchaft ausſcheiden. Wenn Kinder aus erſter und zweiter Ehe erben, ſo gehören die lucra nuptialia aus erſter Ehe, die dos und die donatio propter nuptias, welche der Erblaſſer von dem erſten Ehegatten erworben hat, nicht zu ſeiner Erbſchaft: ſie fallen ſchon durch die Eingehung der zweiten Ehe an die Kinder erſter Ehe, der überlebende Ehegatte behält nur den Nießbrauch. Um die Kinder zweiter Ehe gleichzuſtellen, löſen ſich bei ſeinem Tode auch die lucra nuptialia aus zweiter Ehe von ſeiner Erbſchaft ab und fallen ausſchließlich den Kindern zweiter Ehe zu.[2]

II. Zweite Claſſe. Nov. 118 c. 2, 3 pr., Nov. 127 c. 1.

1) Das Succeſſionsrecht in der zweiten Claſſe haben die cognatiſchen Aſcendenten des Erblaſſers, ſeine vollbürtigen Geſchwiſter und die Kinder, aber nicht auch die entfernteren Deſcendenten, von verſtorbenen vollbürtigen Geſchwiſtern.[3] Zu den cognatiſchen

[1] l. 3. 4 D. si pars hered. pet. (5. 4), l. 36 D. de solut. (46. 3). l. 30 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 1 § 8 D. unde cogn. (38. 8). Vgl. § 4 S. 80 ff., § 9 S. 111 Note 6, S. 114 Note 2.

[2] Nov. 22 c. 23. 29. Schirmer, Erbr. § 16 S. 290 ff.

[3] Nov. 118 c. 2 pr. Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur . . .: differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminae sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculi sive per feminae personam copulantur, et sive suae potestatis sive sub potestate fuerit is, cui succedunt. c. 3 pr. . . . ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocamus . . . Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis . . . Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum aut feminarum filiis

a. Wenn der Erblasser nur Ascendenten hinterlassen hat und zwar solche, die bei gleicher Gradesnähe theils der väterlichen, theils der mütterlichen Linie angehören, so theilen sie in lineas:[1] die Erbschaft wird in zwei Hälften getheilt, davon fällt die eine den väterlichen, die andere den mütterlichen Ascendenten nach Köpfen zu;[2] es wird nicht in jeder der beiden Linien wieder in lineas, sondern sofort in capita getheilt.[3] Ascendenten, die mit dem Erblasser zugleich durch die väterliche und durch die mütterliche Linie verbunden sind, erhalten aber wegen dieser mehrfachen Verwandtschaft in Folge der Linealtheilung eine mehrfache Erbportion.[4]

b) Wenn der Erblasser nur Geschwisterkinder hinterläßt, die Descendenten von mehreren Geschwistern sind, so theilen sie nicht

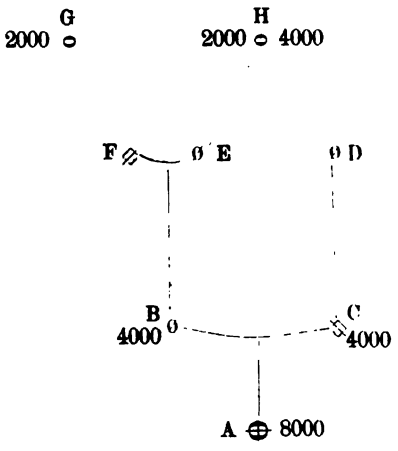
---

[1] Dies ist der übliche, aber kein quellenmäßiger Ausdruck.

[2] Nov. 118 c. 2 . . . Si autem eundem habent gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit.

[3] Gegen die abweichende Ansicht einzelner Juristen vgl. v. Vangerow, Pand. § 416 Anm. 2 sub 1, Schirmer, Erbr. § 16 Note 25.

[4]



in stirpes, ſondern nach § 31 des Reichsabſchiedes zu Speier vom Jahre 1529 in capita.[1]

Bei der Beerbung eines Hauskindes in der zweiten Claſſe hört der bisherige ususfructus paternus am Vermögen des Erblaſſers auf: an Stelle deſſelben erhält der Vater ſeine Erbportion.[2]

III. Dritte Claſſe. Nov. 118 c. 3 pr.

Das Succeſſionsrecht in dieſer Claſſe haben die halbbürtigen Geſchwiſter des Erblaſſers und die Kinder, aber nicht auch die entfernteren Deſcendenten von verſtorbenen halbbürtigen Geſchwiſtern. Hier werden deshalb die unehelichen Geſchwiſter als uterini (§ 61), und wenn der Erblaſſer arrogirt oder plene adoptirt iſt, neben ſeinen leiblichen Halbgeſchwiſtern auch ſeine Adoptivgeſchwiſter als consanguinei (§ 60) berufen. Die Succeſſionsordnung läßt auch hier die Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder nebeneinander erben: letztere ſuccediren ebenfalls in locum parentis defuncti. Auch die Erbtheilung iſt dieſelbe wie in der zweiten Claſſe. Geſchwiſter theilen in capita und die neben ihnen berufenen Geſchwiſterkinder in stirpes, dagegen die allein berufenen Kinder von mehreren Geſchwiſtern in capita.[3] Eine

[1] Dieſe dem Princip der Juſtinianiſchen Inteſtaterbfolge widerſprechende Vorſchrift des Reichsabſchiedes entſchied die ſchon ſeit der Zeit der Gloſſatoren ſtreitige Frage, ob die Geſchwiſterkinder in dem bezeichneten Fall die Erbſchaft nach Köpfen oder Stämmen zu theilen hätten. Ueber die Gründe dieſes Streits und dieſer Entſcheidung, ſowie über den erfolgloſen Verſuch, durch Auslegung des Reichsabſchiedes die Stammtheilung für die Geſchwiſterkinder zur Geltung zu bringen, vgl. Schirmer, Erbr. § 16 S. 278 ff.

[2] Nov. 118 c. 2 . . . nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem. Aus dem Grunde, den die Schlußworte enthalten, ergiebt ſich, daß der Nießbrauch des Vaters überhaupt erlöſchen ſoll, nicht blos an den Portionen der noch in ſeiner Gewalt befindlichen Geſchwiſter des Erblaſſers, ſondern auch an der Portion, welche auf die miterbende Mutter fällt. Dies iſt auch die herrſchende Meinung; gegen die abweichende einzelner Juriſten vgl. v. Bangerow, Pand. § 416 Anm. 3, Schirmer, Erbr. § 16 Note 60.

[3] Nov. 118 c. 3 pr. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum sive per matrem. Dieſen Worten folgen die S. 403 Note 2, S. 404 Note 6, S. 405 Note 4 angeführten Sätze über die Succeſſionsordnung und Erbtheilung; ſie und der Reichs-

mehrfache Verwandtschaft kann ihnen den Anspruch auf eine mehrfache Erbportion geben.[1]

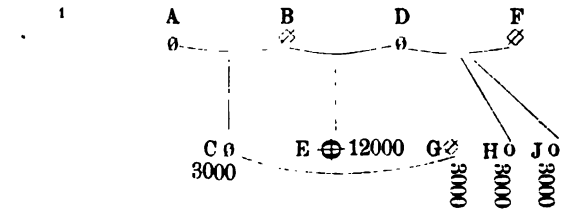
IV. Vierte Classe. Nov. 118 c. 3 § 1.

Das Successionsrecht in dieser Classe haben alle entfernteren Seitenverwandten über den Grad der Geschwisterkinder hinaus ohne Vorzug der vollbürtigen vor der halbbürtigen Verwandtschaft. Die Successionsordnung bestimmt die Nähe des Grades: der nähere Grad schließt den entfernteren aus, es findet keine successio in locum parentis defuncti Statt. Die Erbtheilung für die Seitenverwandten gleichen Grades ist Kopftheilung.[2]

Diesen vier Classen der Novelle 118 für die Verwandten[3] folgt als fünfte Classe die aus dem prätorischen Recht stehen gebliebene bonorum possessio unde vir et uxor, die den überlebenden Ehegatten des Erblassers beruft (§ 62).

---

abschied von 1529 beziehen sich auch auf die halbbürtigen Geschwister bez. Geschwisterkinder. — Gegen die in früherer Zeit auf c. 13 § 2 C. de leg. hered. (6. 58) gestützte Meinung, bei Hinterlassung von fratres consanguinei und uterini falle das väterliche Vermögen zum Voraus an die väterlichen, das mütterliche an die mütterlichen Halbgeschwister, vgl. v. Vangerow, Pand. § 417, Windscheid, Pand. § 572 Note 22.



2000 o K 3000

[2] Nov. 118 c. 3 § 1. Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur, quod in capita nostrae leges appellant.

[3] Das dem parens manumissor auf Grund der Emancipation nach dem bisherigen Recht zustehende Erbrecht hat in diesen Classen keine Stelle mehr; es wurde durch die neue Erbfolgeordnung nothwendig aufgehoben, Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 35 S. 219 ff., Schirmer, Erbr. § 10 S. 190 ff., Windscheid, Pand. § 572 Note 20.

2. S. g. successio ordinum et graduum.*

§ 64.

Die Novelle 118 ſtellt nur eine neue Erbfolgeordnung auf. Die Grundſätze über das Accrescenzrecht (§ 29 ff.) und über die ſucceſſive Berufung von Claſſe zu Claſſe oder von Grad zu Grad[1] hat ſie nicht neu geregelt. Sie werden in der Novelle überhaupt nicht erwähnt, haben alſo ihre bisherige Geltung behalten.

Wenn von den nach der Succeſſionsordnung zuſammen berufenen Perſonen eine oder einige die deferirte Erbportion nicht erwerben, ſei es daß ſie repudiiren oder als Delaten ſterben, ſo accrescirt dieſelbe den Miterben. Dieſe ſind die nächſten Verwandten des Erblaſſers und als ſolche die Quaſiſubſtituten des oder der weggefallenen Delaten: denn für die Nähe des Verwandtſchaftsverhältniſſes iſt der letzte Lebensmoment des Erblaſſers maßgebend, nach ſeinem Tode kann ihm durch das Wegfallen eines näheren Verwandten der entferntere nicht mehr näher treten (§ 20). Es kommt deshalb zu einer ſucceſſiven neuen Delation nur dann, wenn wegen Repudiation oder Tod vor dem Antritt von den zuſammen Berufenen, d. i. von den nächſten Verwandten, keiner Erbe wird: jetzt wird die Erbſchaft den Perſonen deferirt, welche durch den Wegfall aller näheren die nächſten Verwandten geworden ſind[2] und deshalb nach der Succeſſionsordnung, wenn die vorausgehenden Delaten überhaupt nicht exiſtirt hätten, ſofort die erſten

---

* Schirmer, Erbr. § 15, v. Vangerow, Pand. § 420. 421, Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 163 Note 15 ff. Brinz, Pand. (3. Aufl.) § 384, Windſcheid, Pand. § 573. J. Merkel, Die Lehre von der successio graduum unter Inteſtaterben (1876).

[1] Das Princip der ſucceſſiven Berufung wurde eingeführt durch das successorium edictum (D. 38. 9, C. 4. 16), § 9 I. de B. P. (3. 9), Ulp. frgm. XXVIII. § 11; Juſtinian übertrug es auf die civile Erbfolge, c. rest. 4 C. de iure patr. (6. 4), § 6 i. f. § 7 I. de leg. agn. succ. (3. 2). Nach altem ius civile galt der Satz: in legitimis hereditatibus successio non est, Ulp. frgm. XXVI. § 5, Paul. R. S. IV. 8 § 23, Gaius III. 12. 22; vgl. Schirmer a. a. O. S. 256 ff., mein Syſtem S. 7 Note 16, S. 29 ff.

[2] § 6 I. de leg. agn. succ. (3. 2).. saepe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

Delaten geweſen ſein würden.[1] Zunächſt tritt daher die ſucceſſive Delation für die Perſonen ein, welche in derſelben Claſſe das Succeſſionsrecht haben: ſ. g. successio graduum. Erſt wenn es an ſolchen Perſonen fehlt, oder auch ſie wegfallen, kommt es zu einer ſucceſſiven Delation an die Perſonen, welche das Succeſſionsrecht in der folgenden Claſſe haben, und zwar nach der Succeſſionsordnung, welche für dieſe Claſſe gilt: ſ. g. successio ordinum. So lange noch irgendwelche in einer früheren Claſſe berufene Perſonen exiſtiren, findet keine Delation an die folgende Claſſe, alſo keine successio ordinum, ſondern nur successio graduum Statt.[2]

---

[1] § 9 I. de b. p. (3. 9) Liberis itaque et parentibus ... in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, eiusdem gradus personis accrescit, vel si nemo sit deinceps, ceteris proinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset. l. 3 § 9, l. 4. 5 D. de b. p. (37. 1), l. 9 D. de suis et leg. hered. (38. 16), c. un. C. quando non petent. (6. 10).

[2] Nov. 118 c. 1. Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus ... omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. c. 2 Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus. c. 3 § 1 Si vero neque fratres neque filios fratrum ... defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus. Im Widerſpruch mit dieſen Vorſchriften will Puchta, Pand. u. Vorl. § 458 eine successio graduum nur in den Claſſen zulaſſen, in welchen die Berufung nach der Nähe des Grades erfolgt, alſo nur in der vierten Claſſe der Nov. 118 und in der zweiten hinſichtlich der Aſcendenten. Wenn die in der erſten Claſſe zuſammen berufenen Deſcendenten des Erblaſſers z. B. ſeine Söhne die Erbſchaft nicht erwerben, ſoll nach Puchta keine ſucceſſive Delation an die von ihnen abſtammenden Enkel eintreten (successio graduum), ſondern an die in der zweiten Claſſe berufenen Perſonen (successio ordinum), weil es hier nicht der Grad ſei, der die entfernteren Deſcendenten ausſchließe; dieſe könnten nur durch Transmiſſion Erbe werden. Aus demſelben Grunde ſoll, wenn die zunächſt berufenen voll- oder halbbürtigen Geſchwiſter des Erblaſſers die deferirte Erbſchaft nicht erwerben, die Delation nicht durch successio graduum an die von ihnen abſtammenden Geſchwiſterkinder gelangen, ſondern durch successio ordinum an die dritte bez. an die vierte Claſſe. Dieſe Anſicht läßt ſich nur auf eine Folgerung aus dem Ausdruck

Ausgeschlossen ist die successio ordinum et graduum: 1) wenn beim Tode eines Delaten ein Transmissionsfall vorliegt; hier cessirt durch den Antritt seines Erben die Accrescenz für die Miterben, wie die successive Delation an die Nacherben;[1] 2) für Personen, die beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt waren und deshalb nicht mehr mit ihm verwandt geworden sind:[2] diese nondum concepti können die Erbschaft nur auf dem Wege der Transmission erhalten;[3] 3) wenn von den zusammen berufenen Delaten einer oder einige ihre Erbportionen erwerben: hier accresciren diesen die Erbportionen der weggefallenen Delaten.[4]

---

successio graduum zurückführen, der kein quellenmäßiger ist, sondern der Doctrin angehört, die ihn in der oben erwähnten Bedeutung gebraucht. Die Novelle 118 sagt in den citirten Sätzen ausdrücklich, daß, so lange noch irgendwelche in einer früheren Classe berufene Personen existiren, keine Delation an die folgende Classe, also keine successio ordinum, sondern successio graduum Statt finden soll. Büchel a. a. O. S. 171 ff. leugnet die successio graduum hinsichtlich der Descendenten in der ersten Classe nicht, aber er leugnet sie hinsichtlich der Geschwisterkinder in der zweiten und dritten Classe: diese, meint er, succedirten nach Nov. 118 eigentlich erst in der vierten Classe, davon trete nur kraft eines besonderen Privilegiums eine Ausnahme für die praemortuorum fratrum filii ein, also unter der Bedingung, daß ihr Parens zur Zeit der Delation an die fragliche Classe schon verstorben sei, bei Deficienz dieser Bedingung könnten sie daher erst in der vierten Classe berufen werden. Dieser Auslegung steht, abgesehen von inneren Gründen, Nov. 118 c. 3 § 1 entgegen, wo bestimmt ist, daß in der vierten Classe die Collateralen mit Ausnahme der Geschwister und der Geschwisterkinder das Successionsrecht haben. Die s. g. successio graduum gilt daher gleichmäßig für alle vier Classen der Intestaterben. Dies ist denn auch die herrschende Ansicht, vgl. Schirmer a. a. O. S. 260 ff., v. Bangerow a. a. O. § 420, Windscheid a. a. O. Note 4 und die hier Citirt.

[1] Vgl. § 23.

[2] Vgl. § 59.

[3] Vgl. § 23 Note 1.

[4] Dies war von jeher und ist auch heute noch die herrschende Ansicht, vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 270 ff., Büchel a. a. O. S. 82 ff., v. Bangerow a. a. O. § 420, v. Helmolt, das Accrescenzrecht und die successio graduum der Novellen 118 u. 127 (1855), Schirmer a. a. O. S. 264 ff., Seuffert, Arch. Bd. 27 Nr. 148, (Oldenburg), v. Holzschuher a. a. O. Bd. 2 § 140 und über die übereinstimmende Ansicht der alten Rechtslehrer Merkel a. a. O. S. 60 ff. Erst

Haben die zusammen Berufenen sämmtlich ihre Erbportionen erworben, so ist eine Accrescenz wie eine successive Delation nur noch möglich, wenn der Erwerb vermöge des beneficium absti-

---

in jüngerer Zeit ist die Frage controvers geworden, ob, wie man zu sagen pflegt, bei Collisionen das Accrescenzrecht vorgehe oder die successio graduum; eine neue Lehre will dieser den Vorzug vor jenem geben, wenn neben den Miterben des wegfallenden Delaten, falls dieser gar nicht existirt hätte, andere Personen berufen wären. Bei diesem Streit handelt es sich daher um folgende Fälle: a) um den Fall, wo mehreren Descendenten (z. B. Söhnen oder Töchtern) die Erbschaft deferirt ist, und von ihnen einer oder einige, die Kinder haben, ihren Erbtheil nicht erwerben: nach der herrschenden Doctrin werden diese Kinder (Enkel) ausgeschlossen, die Erbtheile der weggefallenen Descendenten accresciren den mitberufenen Descendenten, die ihre Erbtheile erworben haben, dagegen nach der neuen Lehre erhalten die Kinder den Erbtheil ihres durch Repudiation oder Tod vor dem Antritt weggefallenen Parens durch successio graduum; b) um den Fall, wo die Erbschaft einem Ascendenten, Geschwistern und Geschwisterkindern deferirt ist und der berufene Ascendent (z. B. Vater oder Mutter) seinen Erbtheil nicht erwirbt: nach der herrschenden Lehre accrescirt dieser Erbtheil den Mitberufenen, die ihre Erbportionen erworben haben, nach der neuen Theorie kommt er durch successio graduum an den nun im Grade nächsten Ascendenten (Großvater oder Großmutter), der wenn der weggefallene gar nicht existirt hätte, sofort an erster Stelle berufen sein würde; c) um den Fall, wo die Erbschaft Geschwistern, oder Geschwistern und Geschwisterkindern deferirt ist, und ein berufener Bruder oder eine berufene Schwester den deferirten Erbtheil nicht erwirbt: nach der herrschenden Meinung accrescirt dieser Erbtheil den Mitberufenen, nach der neuen Ansicht kommt er durch successio graduum an die Kinder des weggefallenen Bruders oder der weggefallenen Schwester. — Diese neue Ansicht hat zahlreiche und angesehene Vertreter. Für dieselbe erklären sich: Francke, Beiträge S. 167 ff., Mayer, Anwachsungsrecht S. 284 ff. u. Erbr. I § 65 Note, Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 163 Note 16, Merkel a. a. O. S. 116 ff., Fitting, Arch. für civ. Pr. Bd. 57 S. 160 ff. Leonhard, Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der successio graduum vor dem Accrescenzrecht nach römischem Recht 1874 (vgl. über diese Schrift Regelsberger, Krit. V. J. S. Bd. 17 S. 265 ff.), Kohler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 59 S. 110 ff., Hofmann, Krit. Studien im röm. Recht S. 86 ff. 1885, Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 384 und 1. Aufl. S. 808 ff., dieser aber nicht unbeschränkt, Windscheid, Pand. § 573 Note 5.

Man wird m. E. bei dem Versuche, die streitige Frage zu lösen, ganz davon absehen müssen, sich auf gangbare juristische Axiome oder auf einzelne Quellenstellen zu stützen. Die Axiome, welche man dazu benutzt hat, sind sehr zweifelhafter Art, und die Quellen enthalten keine unmittelbare

nendi oder durch in integrum restitutio wieder rückgängig wird. Wo aus dem einen oder andern Grunde die Acquisition der Erbschaft für alle Erben aufgehoben ist, da kommt es auch jetzt noch

Entscheidung der Frage, sondern nur Anwendungen des geltenden Princips, aus denen dieses Princip ohne anderweitige Begründung nicht mit Sicherheit erschlossen werden kann. Für den Vorzug des Accrescenzrechts beruft man sich auf das Axiom, nach welchem von mehreren zusammenberufenen Erben jeder an sich zur ganzen Erbschaft berufen sei, und namentlich auf § 9 I. de B. P. (3. 9), während das römische Recht jenes Axiom in der That nicht kennt (§ 29 Seite 179 Note 3), und die citirte Stelle das geltende Princip zwar anwendet, aber nicht direct und in unanfechtbarer Weise ausspricht. Für den Vorzug der successio graduum beruft man sich (Francke) auf die subsidiäre Natur des Accrescenzrechtes, ohne diese erweisen zu können, und auf die l. 2 § 18 ad SC. Tert. (38. 17) und l. 2 § 14 D. eod., die mißverstanden sind, vgl. v. Vangerow a. a. O. sub 2, Schirmer a. a. O. Note 33, Kohler a. a. O. S. 123 ff.; oder man leitet (Fitting, Merkel) diesen Vorzug aus der Regel ab: wenn ein zur Erbschaft Berufener nicht Erbe wird, ist juristisch Alles so zu behandeln, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre — eine Regel, die das römische Recht nicht aufgestellt hat (§ 4 S. 82 Note 3). Von anderen Juristen ist dieser Weg der allgemeinen Axiome und Regeln, die mit Recht als unbewiesene Voraussetzungen bezeichnet werden, verlassen (Leonhard, Kohler, Brinz). Sie erklären sich für den Vorzug der successio graduum indem sie aus dem älteren Recht den Satz deduciren: die hinter einander berufenen Verwandten folgen sich nach der Gradesnähe; dieser Satz müsse auch in dem Recht der Novelle 118 und 127 gelten, die sich an das prätorische Cognationsprincip anlehne und eigentlich nichts Anderes als der alte ordo unde cognati sei (Leonhard), und sie suchen dabei nachzuweisen, daß die „specielle Nachberufung" für den Fall wo einer oder einige der zusammenberufenen Delaten wegfallen, sich als eine logische Consequenz aus der „generellen Nachberufung" ergebe, wie sie eintrete, wenn sämmtliche zusammenberufenen Delaten ausfallen (Kohler); oder man stützt sich auf den in die neue Intestaterbfolge übergegangenen Grundgedanken des successorischen Edicts, „nach welchem die Erbschaft beim Ausfall der Näherberechtigung dahin gelange, wohin sie von letzterer abgesehen von Anfang deferirt worden sei, und darnach je nach Lage des Falles die Accrescenz von der successiven Delation bald ausgeschlossen werde, bald nicht" (Brinz), oder man abstrahirt von allen historischen Argumenten und beruft sich auf den wahrscheinlichen Willen des Gesetzgebers, über den bei den absurden Resultaten der herrschenden Lehre kein Zweifel bestehen könne (Hofmann). Auch Windscheid, der an dem Axiom, daß von mehreren zusammen berufenen Erben jeder an sich zum Ganzen berufen sei, festhält, betrachtet gleichwohl die streitige Frage als eine Interpretationsfrage: ob als Wille Justinian's in

zu einer successiven Delation an die Nacherben; erfolgt aber die Aufhebung blos für einen oder einige der Erben, so gelangen die vacanten Erbportionen kraft singulären Accrescenzrechts an die Miterben.[1]

Der Modus der Erbtheilung bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Delation,[2] nicht nach dem Zeitpunkt der Acquisition der

---

Nov. 118 anzunehmen sei, daß für den vacanten Theil des Mitberufenen eine neue Berufung eintreten solle, oder nicht. Er entscheidet sich für die neue Berufung, weil er es nicht für wahrscheinlich hält, daß Justinian den Enkel oder das Geschwisterkind zu Gunsten des Oheims oder der Tante ausgeschlossen, und überhaupt darauf Gewicht gelegt haben würde, ob der Umstand, welcher den im Grade Fernereu frei macht, vor oder nach dem Tode des Erblassers eingetreten ist. M. E. ist dieser Umstand von Bedeutung, weil nach der obigen Ausführung für die Nähe des Verwandtschaftsverhältnisses der letzte Lebensmoment des Erblassers maßgebend ist, und demselben nach seinem Tode durch das Wegfallen eines näheren Verwandten der entferntere nicht mehr näher treten kann. Wenn von zusammenberufenen Descendenten oder Geschwistern einer repudiirt, so ist es der Wille des Delaten, nicht die Erbfolgeordnung, welcher seinen Erbtheil seinen Kindern entzieht, und wenn einer von ihnen vor dem Antritt stirbt, so ist ihnen dieser Erbtheil durch die Grundsätze des Transmissionsrechts gesichert, wo es die Billigkeit fordert. Es ist deshalb auch die Ansicht zu verwerfen, nach welcher beim Wegfall des Delaten durch Repudiation stets das Accrescenzrecht die successio graduum ausschließen, dagegen beim Wegfall des Delaten durch Tod die Beschaffenheit des Falls über den Vorzug entscheiden soll: sterbe ein Kind oder ein Bruder des Erblassers mit Hinterlassung von Kindern, so müsse diesen vermöge Repräsentationsrechts die Portion ihres weggefallenen Parens zufallen, und ebenso müßte auch, wenn der nächstberufene Ascendent sterbe, dessen Portion an die entfernteren Ascendenten kommen, in allen übrigen Fällen aber successio graduum nur dann eintreten, wenn sämmtliche Delaten vor dem Antritt gestorben seien, Koch, Succ. ab int. § 102, Tewes, Syst. d. Erbr. I. S. 126 ff. u. dagegen v. Vangerow a. a. O. § 420 sub 2 a. E.

[1] Vgl. § 31 S. 200 ff., § 46 sub 4.

[2] Dies ist die herrschende Ansicht: Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 292 ff., v. Vangerow a. a. O. § 421, Büchel a. a. O. S. 230 ff., v. Helmolt a. a. O. S. 83 ff., Schirmer a. a. O. § 16 Note 42. Zu dieser Ansicht bekennen sich auch die meisten derjenigen Juristen, welche der successio graduum den Vorzug vor dem Accrescenzrecht geben: Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 164 Note 14, Leonhardt a. a. O., Windscheid a. a. O. Note 6, „weil nicht anzunehmen ist, daß das Recht eine einmal angeordnete Vertheilung der Erbschaft in Folge eines später eintretenden Ereignisses wieder rückgängig machen wolle."

Erbſchaft.[1] Mit der Delation erwirbt jeder der zuſammenberufenen Erben die Erbberechtigung auf eine beſtimmte Erbſchaftsquote. Fallen einzelne von ihnen durch Tod vor dem Antritt oder durch Repudiation weg, ſo vergrößert ſich die Quote der übrigen auf dem Wege der Accrescenz.[2] Die urſprüngliche Art der Erbtheilung kann daher nur durch eine ſucceſſive neue Delation eine Veränderung erfahren. Dies iſt von Wichtigkeit bei der Erbfolge von Aſcendenten und Geſchwiſterkindern. Hinterläßt der Erblaſſer väterliche und mütterlichen Aſcendenten gleichen Grades, vollbürtige Geſchwiſter und Kinder von verſtorbenen vollbürtigen Geſchwiſtern, ſo verbleibt es, wenn die Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder repudiiren oder vor dem Antritt ſterben, für die Aſcendenten bei der Kopftheilung, und dieſer entſprechend accresciren ihnen die vacanten Erbportionen. Erwerben aber auch die Aſcendenten ihre Erbportionen nicht, ſo theilen die nun durch ſucceſſive Delation berufenen entfernteren väterlichen und mütterlichen Aſcendenten gleichen Grades in lineas; und wenn die ſucceſſive Delation an die von den weggefallenen Geſchwiſtern abſtammenden Kinder erfolgt, ſo tritt für dieſe nach dem R. A. von 1529 Kopftheilung ein.[3]

III. Successio extraordinaria.

§ 65.

Von einer außerordentlichen Inteſtaterbfolge oder successio extraordinaria kann man nur bei Univerſalſucceſſionen ſprechen, zu welchen die Berufung nicht aus dem Grunde der Verwandtſchaft oder der Ehe, ſondern aus dem Grunde der Erbloſigkeit des Nachlaſſes erfolgt, alſo nur bei Univerſalſucceſſionen in die bona vacantia. Die geſetzlichen Berufungen zu Vermächtniſſen laſſen ſich nicht unter

[1] A. M. Mayer, Anwachſungsrecht S. 251 ff., u. Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 57 S. 161 ff., der den Zeitpunkt der Acquiſition als den entſcheidenden annimmt nach der von ihm aufgeſtellten Regel: wenn ein zur Erbſchaft Berufener nicht Erbe wird, iſt Alles juriſtiſch ſo zu behandeln, als ob er von Anfang an nicht vorhanden geweſen wäre; vgl. § 4 S. 82 Note 3. Ueber die c. 2 C. ad SC. Orfit. (6. 57), die Mayer irrthümlich für ſeine Anſicht anführt, vgl. v. Vangerow a. a. O.

[2] Vgl. § 4, § 29.

[3] Vgl. v. Vangerow a. a. O. § 421.

diesen Begriff subsumiren,[1] weil sie als Berufungen zur Singularsuccession keine Berufungen zu einer außerordentlichen Erbfolge sind. Die Berufung zur Universalsuccession in den erblosen Nachlaß tritt für den Fiscus ein,[2] oder für gewisse Corporationen,[3] die dem Fiscus vorgehen:[4] für das Regiment des Verstorbenen, wenn er Soldat war,[5] für seine Kirche, wenn er Geistlicher war.[6] Der Fiscus, dessen rechtliche Stellung auch diese Corporationen haben, ist heredis loco, jedoch mit gewissen privilegia odiosa und favorabilia. Er hat die hereditatis petitio,[7] kann aber sein Recht nach vier Jahren nicht mehr verfolgen;[8] er hat das

[1] In den Pandektenlehrbüchern geschieht dies gewöhnlich, vgl. Sintenis, Civilr. § 165, Puchta, Pand. § 459, Arndts, Pand. § 481 ff., Windscheid, Pand. § 574: sie behandeln im Intestaterbrecht unter dieser Bezeichnung neben dem gesetzlichen Vermächtnißrecht der unehelichen Kinder (§ 61) auch das gesetzliche Vermächtnißrecht der armen Wittwe, und des arrogatus impubes auf die Quarta Divi Pii, die beide als Pflichttheilsrechte nicht auf den Fall des testamentslosen Todes des Erblassers beschränkt sind, vgl. § 62 S. 398 Note 3, § 63 S. 399 Note 4. 5.

[2] c. 1. 4 C. de bonis vacant. et de incorporat. (10. 10). Vgl. v. Bangerow, Pand. § 564, Windscheid, Pand. § 622, Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 431 sub 2 und die bei ihnen citirte Literatur.

[3] Vgl. Einleitung S. 12 ff.

[4] Der s. g. socius liberalitatis imperialis, für den manche Juristen im Fall der Erblosigkeit des Nachlasses auch eine außerordentliche Intestaterbfolge annehmen (Sintenis a. a. O. Note 5), oder doch zu den Personen zählen, die dem Fiscus vorgehen (Windscheid, Pand. § 570 a. E.) hat in der That ein gesetzliches Vermächtnißrecht neben dem Fiscus als Universalsuccessor: nach c. un. C. si lib. imp. soc. sine herede defec. (10. 14) fällt, wenn von zwei Personen, welche der Landesherr gemeinschaftlich beschenkt hat, die eine ohne Erben stirbt, deren Antheil an der Schenkung dem socius liberalitatis zu, Brinz a. a. O. Note 16.

[5] c. 2 C. de hered. decur. (6. 62), l. 6 § 7 D. de iniust. rupt. test. (28. 3), l. 4 § 17 D. de fid. lib. (40. 5). Sintenis a. a. O. Note 5.

[6] Vgl. § 3 S. 64 Note 3. Die antiquirten Vorschriften, durch welche das römische Recht ein gleiches Successionsrecht der Curie und dem Collegium der naviculariі und fabricenses gab (C. 6. 62), dürfen heute auf andere Corporationen nicht zur Anwendung gebracht werden. Auch für die Ausdehnung auf die Universität, welcher der Verstorbene angehörte, und auf die Armenanstalt, in der er verpflegt wurde, läßt sich keine gemeinrechtliche Praxis nachweisen, Sintenis a. a. O., Brinz a. a. O. Note 16.

[7] l. 20 § 7 D. de H. P. (5. 3).

[8] c. 1 C. de quadr. praescr. (7. 37).

Wahlrecht zwiſchen Antritt und Repudiation,[1] aber er ſuccedirt durch den Antritt nur in die hinterlaſſenen bona, nicht in die hinterlaſſenen res, quae extra nostrum patrimonium habentur,[2] und der Antritt darf nicht ohne Inventariſation der Erbſchaft geſchehen;[3] es ſtehen ihm und gegen ihn die actiones hereditariae als utiles zu,[4] er haftet auch für die hinterlaſſenen Vermächtniſſe, der Erblaſſer mag dies ausdrücklich angeordnet haben[5] oder nicht,[6] aber er haftet auf Grund des Inventars für die Vermächtnißſchulden wie für die Schulden des Erblaſſers nur ſoweit die Erbſchaft reicht.[7]

[1] § 1 I. de eo cui libert. (3. 11) . . . si fiscus bona agnoscere voluerit. l. 6 § 3 D. ad SC. Treb. (36. 1). Si fisco bona vacantia deferantur nec velit bona agnoscere. l. 4 § 17, 19, 20 D. de fideic. lib. (40. 5), c. 5 C. de bon. auct. iud. (7. 72).

[2] Vgl. § 1 S. 29 Note 3—6 mit dem Nachtrag zu Note 6 und § 2 S. 55.

[3] c. 3 C. de bon. vac. (10. 10) . . et diligens stilus singulatim omnia adscribat. c. 5 pr. C. eod. . . . diligenter inquirat . . . quantum vel quale videatur. Urſprünglich wurden die bona vacantia vom Fiscus ipso iure erworben: l. 1 § 1 D. de I. F. (49. 14). An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit, etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco acquiri nihil possit.

[4] c. 2 C. ad leg. Iul. de vi publ. (9. 12), l. 2 D. de fundo dot. (23. 5); vgl. c. 1 C. de H. v. A. V. (4. 39), l. 3 § 5 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[5] l. 114 § 2 D. de legat. (30).

[6] l. 96 § 1 D. eod.; vgl. über ſein Recht auf den Abzug der Falcidiſchen Quart, und über den auch gegen ihn vom U. F. zu erzwingenden Erbſchaftsantritt, l. 3 § 5, l. 6 § 3 D. ad SC. Treb. (36. 1). Die citirten Stellen ſprechen ſchlechthin die Haftung für alle hinterlaſſenen Vermächtniſſe aus; deshalb darf ſie nicht, wie das von einigen Juriſten geſchieht, für die Vermächtniſſe in Abrede geſtellt werden, die in einem testamentum destitutum ohne Codicillclauſel hinterlaſſen ſind, vgl. v. Vangerow a. a. O. sub III.

[7] l. 11 D. de I. F. (49. 14). Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod aeri alieno superest. Aus dieſer Stelle und aus der Note 3 citirten l. 1 § 1 D. eod. ergiebt ſich, daß die Vorſchrift, nach welcher die bona vacantia ad fiscum transferirt werden ſollen (c. 5 C. h. t. 10. 10), ſich auf den Fall beſchränkt, si solvendo sunt:

Veräußert er die erworbene Erbſchaft, ſo geſchieht dies iure singulari mit der Wirkung der Univerſalſucceſſion.[1]

daß er durch ſeine Succeſſion die bona nach Abzug der Schulden erhalten, alſo für die Schulden nur, ſoweit ſie durch die Activa gedeckt werden, haften, und den Nachlaß, wenn er ſich als inſolvent erweiſt, an die Gläubiger, in deren Intereſſe inventariſirt werden muß, abtreten ſoll. Er ſoll alſo nach den citirten Stellen hinſichtlich der Schulden dieſelbe rechtliche Stellung haben, wie ſie ſpäter Juſtinian durch c. 22 C. de iure delib. (6. 30) dem Beneficialerben gab. Dieſe Stellung iſt deshalb von der vorſchriftsmäßigen Inventariſation abhängig; wo ſie unterbleibt, hat auch der Fiscus für die Schulden auf den vollen Betrag zu haften, „weil er den Gläubigern den Beweis des Beſtandes der Erbſchaft unmöglich gemacht hat", Windſcheid a. a. O. Note 3. Man wird daher von dem Fiscus ſagen müſſen, daß er heredis loco ſei, weil er Univerſalſucceſſor iſt, Nov. 1 c. 1 § 4, wenn er auch übrigens wegen ſeiner Privilegien einem Erben nicht vollſtändig gleich ſteht, Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 139 (R. G.). Die von Blume im Rhein. Muſ. Bd. 4 S. 212 ff. aufgeſtellte ſ. g. Occupationstheorie, nach welcher der Fiscus nicht heredis loco, ſondern kraft Hoheitsrechts privilegirter Occupant und als ſolcher nur Singularſucceſſor ſein ſoll, hat heute wohl keine Anhänger mehr, v. Bangerow a. a. O. Ueber die beſtrittene Bedeutung der l. 1 § 1 u. l. 11 cit. D. de I. F. vgl. Bernice, Labeo Bd. 1 S. 347 ff., Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juriſt. Sinn S. 239 ff. u. gegen letzteren § 1 S. 42 Note 2.

[1] Vgl. § 45 S. 279 Note 4.

Zweites Capitel.

Die Teſtamentariſche Erbfolge*.

I. Begriff des Teſtaments.

§ 66.

Das Teſtament fällt unter den Begriff des letzten Willens (ultima oder suprema voluntas)[1]). Der Ausdruck letzter Wille hat eine doppelte Bedeutung: eine formelle und eine materielle. Im formellen Sinne bezeichnet er ein Rechtsgeſchäft, welches Dispoſitionen enthält, die erſt beim Tode des Disponenten in Geltung treten ſollen; im materiellen Sinne bezeichnet er dieſe Dispoſitionen auf den Todesfall, die deshalb auch letztwillige Dispoſitionen genannt werden[2]).

Die Rechtsgeſchäfte, in welchen ſolche Dispoſitionen getroffen werden können, ſind nach römiſchem Recht: das ſolenne Teſtament[3]), das ſolenne Codicill[4]) und das formloſe ſ. g. Oralfideicommiß oder fideicommissum heredi praesenti iniunctum[5]). Sie ſind ſämmtlich einſeitige Rechtsgeſchäfte und negotia imperfecta,

*) Roßhirt, Teſtamentariſches Erbrecht bei den Römern. Zwei Abtheilungen 1840. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 10 S. 713 ff. Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 166 ff. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 427 ff. Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 367 ff. Windſcheid, Pand. Bd. 3 § 538 ff. Ueber die hiſtoriſche Entwickelung des teſtamentariſchen Erbrechts vgl. mein Syſtem S. 10, S. 54 ff., Leiſt, Fortſ. von Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 IV. S. 141 ff. S. 150 ff. S. 188 ff. S. 260. Hölder, Beiträge zur Geſchichte des röm. Erbrechts S. 20 ff.

[1] l. 1 D. qui testam. fac. poss. (28. 1) Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Ulp. XX. § 1. pr. I. de test. ord. (2. 10). l. 6 pr. D. de cond. et dem. (35. 1) . . . ex ultima voluntate aliquid lucratur . . . l. 1 § 2 D. ad SC. Treb. (36. 1) . . supremae defunctorum voluntates. c. 1 C. de sacros. eccles. (1. 2). Glück, Comment. Bd. 33 S. 316 ff.

[2] Vgl. Puchta, Vorl. § 461.

[3] l. 2. 10. de testam. ordinand.

[4] c. 8 § 3 C. de codic. (6. 36).

[5] § 12 I. de fidic. hered. (2, 23).

deren Thatbeſtand ſich erſt nach dem Tode des Erblaſſers vollendet[1]). Als negotia imperfecta bleiben ſie, ſo lange der Erblaſſer lebt, ohne jede rechtliche Wirkung: ſie begründen weder Rechte noch Verbindlichkeiten. Für negotia imperfecta gilt der Grundſatz: ihre Exiſtenz wird vom Recht anerkannt, wenn ſie die geſetzliche Form haben[2]), aber ſie exiſtiren nur ſo lange, als ſie durch den fortdauernden Willen ihres Urhebers aufrecht erhalten werden und aufrecht erhalten werden können; durch Widerruf und durch Verluſt der zum Geſchäft erforderlichen Rechts- oder Handlungsfähigkeit gehen ſie unter[3]). Unter dieſem Grundſatz ſtehen auch die Rechtsgeſchäfte für letztwillige Dispoſitionen[4]), ſoweit nicht der favor voluntatis defuncti[5] eine Ausnahme fordert[6]. Sie ſind bis zum Tode des Erblaſſers widerruflich[7], weil ſie nur durch

[1] Vgl. meine Abhandl. über den obligatoriſchen Vertrag unter Abweſenden. S. 83 ff. (in v. Jhering's Jahrb. f. Dogm. B. 11 S. 221 ff.).

[2] l. 6 pr. D. de lege Corn. (48.10) ..... ceterum si non signatum fuerit, magis est, ut senatus consulto locus non sit. ... prius enim oportet esse aliquod testamentum.

[3] Vgl. meine Abhandl. a. a. O. S. 13 (in v. Jhering's Jahrb. a. a. O. S. 151).

[4] l. 12 § 3 i. f. D. de legat. (30) .. voluntas ergo facit, quod in testamento scriptum valeat. pr. I. de testam. (2.20) Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

[5] l. 5 D. testam. quemadm. aper. (29.3) . . . publice enim expedit suprema hominum iudicia exitum habere. c. 1 C. de sacros. eccl. (1,2). Cicero, Philipp. II. c. 42 In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum. Cicero, Tusc. disput. I. c. 14. . . omnibus curae sunt, et maximae quidem, quae post mortem futura sint. Quinctil. Declam. 308 Neque enim alind videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem. Seneca, de benef. IV c. 11 . . Vgl. mein Syſtem Einleitung S. 58 Note 128 ff.

[6] Vgl. § 4—6 I. quib. mod. test. infirm. (2.17). c. 21 § 5 C. de testam. (6.23); dazu meine Abhandl. a. a. O. S. 84 ff. S. 87 ff. (in v. Jhering's Jahrb. a. a. O. S. 222 ff. S. 225 ff.)

[7] l. 4 D. le adim. vel transf. leg. (34.4) . . . ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. Für ſolenne Geſchäfte gilt aber der Grundſatz: die Form für die Erklärung des Willens iſt auch die Form für die Erklärung der Willensänderung, l. 35 D. de R. I. (50.17), § 7 I. quib. mod. test. infirm. (2.17), Gaius II. 151, l. 1 § 8 D. si tab. test. (38.6), c. 27 C. de testam. (6. 23).

seinen Willen aufrecht erhalten werden[1], und sie gehen unter, wenn der Erblasser die zu ihrer Errichtung erforderliche Rechtsfähigkeit verliert, weil sie ohne diese nicht mehr durch seinen Willen aufrecht erhalten werden können[2].

Die letztwilligen Dispositionen in diesen Rechtsgeschäften können doppelter Art sein: vermögensrechtliche und vormundschaftliche[3]. Zu jenen zählen die Zuwendungen aus der Erbschaft und die Enterbungen (exheredationes). Die Zuwendungen aus der Erbschaft können erfolgen durch Erbeinsetzungen (heredum institutiones) d. i. durch directe Erbesernennungen, durch Universalvermächtnisse (fideicommissa hereditatis) d. i. durch indirecte Erbesernennungen, durch Singularvermächtnisse (legata oder singularum rerum fideicommissa) und durch mortis causa capiones mit Ausschluß der mortis causa donatio. Diese ist ein negotium mortis causa[4], aber kein letzter Wille, weil sie keine Gabe aus der Erbschaft, sondern ein sich unter Lebenden vollziehendes Rechtsgeschäft ist (praesens praesenti dat)[5]; sie ist auch dann kein letzter Wille,

---

[1] l. 22 pr. D. de legat. (32) .... nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Einen Widerruf enthält auch die Errichtung eines neuen Testaments als eine mutatio voluntatis. Es ist deshalb ein Irrthum, wenn man behauptet (Kohler in Grünhut's Zeitschr. Bd. 7 S. 736 u. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 66 Note 2), das Testament sei schon im Moment seiner Errichtung ein negotium perfectum, weil es sofort die wichtige Rechtswirkung habe, daß es ein früher errichtetes Testament aufhebe. Diese Aufhebung erfolgt durch Widerruf, der wieder selbst revocirt werden kann, um das erste Testament von Neuem zur Existenz zu bringen, da auch aus dem neuen Testament bei Lebzeiten des Testators Niemand Rechte erwirbt, l. 11 § 2 D. de b. p. s. t. (37. 11), l. 32 § 3 D. de don. i. v. e. u. (24. 1), vgl. meine citirte Abhandl. S. 86 ff. S. 135 (in v. Ihering's Jahrb. a. a. O. S. 224 ff. S. 273).

[2] § 4 I. quib. mod. test. infirm. (2. 17.)

[3] Vgl. Fein in Glück's Comment. Bd. 44 S. 3 ff., Brinz, Pand. Bd. 3, § 376.

[4] Vgl. Einleitung S. 20 ff. Der Begriff des negotium mortis causa schließt auch die mortis causa errichteten negotia inter vivos in sich, vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 69 Note 6a, Bd. 3 § 528 Note 2.

[5] Einleitung S. 23 ff.

wenn sie als widerrufliches negotium imperfectum[1] geschlossen wird[2], durch welches der Schenker bei seinen Lebzeiten dem Beschenkten noch gar keinen, auch keinen bedingten Rechtserwerb einräumt[3]. Vermögensrechtliche Dispositionen, die nach den Grundsätzen des objektiven Rechts für Niemanden einen Anspruch auf Erfüllung begründen, z. B. Veräußerungsverbote, welche kein Fideikommiß enthalten[4], und die Auflage einer Monumentserrichtung, die nicht als Vermächtnis wirkt[5], heißen deshalb unda praecepta, die ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt[6], also nicht erzwingbar sind, soweit das römische

---

[1] l. 32 D. de m. c. don. (39. 6). Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.

[2] Dies ist der Fall, wenn die Thatsache, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebe, nicht als Suspensiv- oder Resolutivbedingung oder als Voraussetzung für den Rechtserwerb aus dem Schenkungsvertrage gesetzt ist (l. 13 § 1 D. eod . . . sic donari potest, ut non aliter reddatur. quam si prior ille qui acceperit decesserit), sondern als conditio für die Vollendung des Schenkungsvertrages, um seine Existenz von dem fortdauernden Willen des Schenkers abhängig zu machen: l. 13 § 1 cit . . sic donari potest . . . , ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. l 30 D. eod. Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia condictionem vel utilem actionem habet. l. 35 § 4 D. eod.

[3] l. 1 pr. D. de donat. (39. 5) . . . dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est. l. 15 i. f. D. de manum. (40. 1) . . cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate. l. 16 D. de m. c. don. (39. 6). Mortis causa donatio etiam dum pendet, an convalescere possit donator, revocari potest. l. 7 D. eod. Si aliquis mortis causa donaverit, et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant. Für alle negotia imperfecta gilt der Grundsatz: sie existiren nur so lange, als sie durch den fortdauernden Willen ihres Urhebers aufrecht erhalten werden und aufrecht erhalten werden können. Vergl. meine citirte Abhandl. S. 23 ff., S. 124 ff.

[4] l. 114 § 14 D. de legat. (30) l. 38 § 4, l. 93 pr. D. h. t. (32).

[5] l. 7 D. de ann. legat. (33. 1.)

[6] l. 7 cit.

Recht ſie nicht der pontificalen oder kaiſerlichen Intervention unterſtellt hat[1]. Zu dem vormundſchaftlichen letztwilligen Dispoſitionen, die mit rechtlicher Wirkung getroffen werden können, gehören die Vormundsernennung (tutoris datio)[2] und die Ernennung von Teſtamentsexekutoren[3]. Anderweitige Anordnungen des Erblaſſers, die ſonſt von einer Vormundſchaftsbehörde hätten getroffen werden können oder müſſen, unterliegen dem Ermeſſen dieſer Behörde, z. B. die Vorſchrift ubi pupillus educari vel morari debeat[4], Verwaltungsvorſchriften[5], Verbot der Verſiegelung und Inventariſirung des Nachlaſſes; von ihnen heißt es deshalb: in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omni modo observanda est[6], sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci[7].

Das Rechtsgeſchäft, welches alle letztwilligen Dispoſitionen enthalten kann, iſt das Teſtament; dies iſt das Univerſalgeſchäft mortis causa[8]. Ihm können auch Declarationen zur Klarſtellung des Textes[9] und die ſ. g. clausula codicillaris einverleibt werden, d. i. die Beſtimmung, es ſei eventuell das ungültige Teſtament als Codicill aufrecht zu erhalten[10], während die ſ. g. clausula derogatoria, welche die Aufhebung des Teſtaments durch ein ſpäteres Teſtament ausſchließen will, nach dem Princip der Teſtirfreiheit unwirkſam bleibt[11]. Nothwendig iſt die Form des Teſtaments nach römiſchem Recht für Erbeinſetzungen und Enterbungen; für andere

[1] l. 50 § 1 D. de H. P. (5. 3).

[2] Vgl. Windſcheid, Pand. Bd. 2 § 433 sub I.

[3] Vgl. unten § 87.

[4] l. 1 § 1 D. ubi pup. educ. (27. 2), l. 7 D. de ann. legat. (33. 1), l. 21 § 4 D. cod.

[5] l. 5 § 8 D. de administrat. (26. 7).

[6] Vgl. l. 27 pr. D. de condit. (35. 1).

[7] l. 7 i. f. D. de ann. legat. (33. 1).

[8] Vgl. v. Jhering, Geiſt des röm. Rechts, Bd. 3. 1 S. 145 ff. (3. Aufl.)

[9] l. 21 § 1 D. qui test. fac. (28. 1). c. 12 C de testam. (6. 23).

[10] l. 41 § 3 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6). c. 3 § 1 C. de codic. (6. 36). l. 1 D. de iure cod. (29. 7).

[11] Vgl. § 67 sub I.

letztwillige Verfügungen genügt das Codicill[1] und für Vermächtnisse auch das s. g. Oralfideicommiß d. i. eine formlose Erklärung des Erblassers, durch welche dem Onerirten das Vermächtniß auferlegt wird[2]. Nach heutigem gemeinem Recht können Erbeinsetzungen und Vermächtnisse auch durch einen Erbvertrag als unwiderrufliche[3] errichtet werden. Der Satz des römischen Rechts: es gibt keine Erbeinsetzung ohne Testament, hat also bei uns seine Geltung verloren[4]. Aber es giebt auch nach heutigem wie nach römischem Recht kein Testament ohne Erbeinsetzung[5]. Diese bildet den wesentlichen Inhalt des Testaments[6]. Ungültigkeit der Erbeinsetzungen bewirkt daher Ungültigkeit des ganzen Testaments[7]; auch die anderweitigen Dispositionen des Testators haben keinen Bestand[8], sofern sie nicht wegen Conversion des ungültigen Testaments in ein Codicill aufrecht erhalten werden müssen[9].

---

[1] § 2 I. de codic. (2. 25). c. 7 C. h. t. (6. 36).

[2] c. ult. C. de fideic. (6. 42).

[3] Der Erbvertrag begründet sofort bei der Errichtung für den Vertragserben ein Recht auf die künftige Erbfolge, vgl. v. Gerber, Deutsch. Privatr. § 257.

[4] Vgl. § 3 S. 60 ff.

[5] l. 20 D. de iure cod. (29. 7) . . . tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sint. c. 14 C. de testam. (6. 23). Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exheredatio facta probant evidenter. c. 7 C. de codic. (6. 36).

[6] § 34 I. de leg. (2. 20) . . . testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Ulpian. XXIV. § 15 . . . vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.

[7] l. 1 § 3 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6) . . nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.

[8] l. 11 § 1 D. de leg. (32), c. 29 C. de fideic. (6. 42).

[9] l. 41 § 3 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6) . . . si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est.

Ein Testament ist also das einseitige bis zum Tode des Testators unvollendete und deshalb widerrufliche[1] solenne[2] Rechtsgeschäft, welches die Berufung zur Erbfolge durch directe Erbesernennung enthält[3]. Diese Berufung schließt die Delation an die Intestaterben aus, so lange die Erbschaft aus dem Testament angetreten werden kann[4]. Die Lehre von der testamentarischen Erbfolge begreift hiernach: die Erfordernisse für die gültige Errichtung eines Testaments (§ 67 ff.), die Gründe, aus welchen ein gültig errichtetes Testament seine Gültigkeit verliert (§ 85), die Wirkungen der Anerkennung eines ungültigen Testaments (§ 86) und die Grundsätze über die Eröffnung und Vollziehung der Testamente (§ 87). Das Codicill, welches für die Errichtung der Vermächtnisse eingeführt wurde[5], und das Oralfideicommiß gehören in die Lehre von den Vermächtnissen.

Die Erfordernisse für die gültige Errichtung eines Testaments beziehen sich auf die Testirfähigkeit (§ 67), auf die Form der Errichtung (§ 68 ff.) und auf den Inhalt des Testaments (§ 73)[6].

---

[1] Die Widerruflichkeit hat nicht darin ihren Grund, daß das Testament ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, wie man allgemein lehrt (vgl. Windscheid Pand. § 529 Note 3), sondern darin, daß es bis zum Tode des Testators ein negotium imperfectum ist.

[2] Ulp. XX. § 1.

[3] § 2 I. de codic. (2. 25) . . . Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest.

[4] Vgl. § 5. Seuffert, Arch. Bd. 34 Nr. 316, Bd. 41 Nr. 23.

[5] Vgl. mein System. S. 87.

[6] l. 4 D. qui testam. fac. poss. (28. 1) Si quaeramus, an valeat testamentum, inprimis animadvertere debemus, an is qui fecerit testamentum habuerit testamenti factionem, deinde, si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris civilis testatus sit.

II. Erfordernisse.

A. Testirfähigkeit*.

§ 67.

Die Testirfähigkeit (ius oder facultas testamenti faciendi[1] oder testamenti factio[2], heute testamenti factio activa) soll dem Erblasser das Recht geben, seine Beerbung nach den Vorschriften der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen und den Anspruch, welchen das Familienverhältniß auf seinen Nachlaß giebt, den Personen einzuräumen, welche ihm bei seinem Tode am nächsten stehen[3]. In diesem Zweck der Testirfähigkeit gründen sich folgende Principien:

I. Das Recht bis zum letzten Lebensmoment zu testiren und auf Grund desselben errichtete Testamente durch neue wieder aufzuheben ist publici iuris[4]: es kann durch Privatdispositionen[5] weder aufgegeben noch eingeschränkt werden[6].

II. Das Recht zu testiren hat Jeder, dem es nicht durch Rechtsvorschrift aus besonderen, psychologischen oder familienrechtlichen, Gründen entzogen ist:

1) Aus psychologischen Gründen ist testirunfähig, wer

---

* l. 2. 12. quibus non est permissum testamenta facere; D. 28. 1 qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. C. 6. 22 qui facere testamentum possunt vel non possunt. Glück, Comment. Bd. 33 S. 326 ff. S. 347 ff., Bd. 34 S. 23 ff. S. 53 ff., v. Vangerow, Pand. § 428, Windscheid, Pand. § 539.

[1] l. 19 D. qui test. fac. (28. 1), l. 1 § 8 D. de b. p. s. t. (37. 11).

[2] l. 4 D. h. t. (28. 1). Testamenti factio bezeichnet in den Quellen nicht bloß die Fähigkeit, ein Testament zu machen, sondern auch die Fähigkeit, im Testament bedacht zu werden und bei der Errichtung eines Testaments als Zeuge zu fungiren, § 4 I. de hered. qual. (2. 19), l. 16, 18 D. qui testam. fac. (28. 1), § 6 I. de testam. ordin. (2. 10). Hiernach unterscheidet man heute testamenti factio activa und passiva.

[3] Einleitung S. 4.

[4] l. 3 D. qui test. fac. poss. (28. 1).

[5] l. 38 D. de pact. (2. 14).

[6] l. 52 § 9 D. pro soc. (17. 2), c. 15 C. de pact. (2. 3), c. 5 C. de pact. conv. (5. 14), c. 4 C. de inut. stip. (8. 39). Einleit. S. 4 Note 4, S. 5 Note 1, S. 61 Note 1.

unfähig iſt, einen durch Vernunft und Einſicht beſtimmten Willen zu faſſen und deutlich zu erklären, alſo:

a) wer ſich während des Acts der Teſtamentserrichtung wegen Geiſteskrankheit oder aus einem andern Grunde im Zuſtande der Vernunftloſigkeit befindet[1]: Wahnſinnige, Blödſinnige[2], durch körperliche Krankheit Bewußtloſe[3], Betrunkene[4] und Zornige[5], wenn ſie nach dem Grade der Trunkenheit oder des Zornes einem Vernunftloſen gleich zu achten ſind;

b) der Unmündige (impubes), qui stabilem mentem nondum adeptus est[6];

c) wer weder ſchreiben noch mit verſtändlichen Worten reden

[1] l. 2 D. qui testam. fac. (28. 1). In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est. c. 3 C. h. t. (6. 22) Senium quidem aetatis vel aegritudinem corporis sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre.

[2] § 1 I. quib. non est perm. test. fac. (2. 12) .... furiosi, quia mente carent. . . l. 40 D. de R. I. (50. 17). l. 2 § 3 D. de iure codic. (29. 7), c. 9 C. qui testam. fac. poss. (6. 22) .... si coepto testamento furor eum invasit . . . sancimus . . tale testamentum hominis, qui in ipso actu testamenti adversa valetudine tentus est, pro nihilo esse. Sin vero voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere testamentum vel ultimam voluntatem, et hoc sana mente inceperit facere et consummaverit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum. § 1 i. f. I. l. c. . . . certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente.

[3] l. 17 D. h. t. (28. 1) In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest. Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 23 Nr. 234.

[4] c. 7 C. 15 qu. 1 Nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent.: iacent sepulti. Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 37.

[5] Vgl. l. 48 D. de R. I. (50. 17), Glück a. a. O. Bd. 33 S. 361 ff.

[6] c. 18 C. de testam. mil. (6. 21), § 1 I. quib. non est perm. testam. fac. (2. 12), l. 1 § 1 D. de tut. et rat. distr. (27. 3). c. 4 C. qui fac. test. poss. (6. 22) .... Nam si hanc aetatem egressus, licet vigoris necdum emersissent vestigia, suum solemniter ordinavit iudicium, hoc convellere frustra conaris. Der Anfang der Teſtamentsmündigkeit wird berechnet nach der Civilcomputation in der Anwendung, welche ſie beim Erwerb von Rechten durch Zeitablauf findet, l. 5 D. qui test. fac. (28. 1), c. 5 C. h. t. (6. 22).

kann[1]: unter dieser Voraussetzung der Stumme[2], der Taubstumme[3] und der Kranke[4]. Die Errichtung eines Testaments durch Zeichensprache setzt Dispensation voraus[5].

---

[1] c. 29 C. de testam. (6. 23) . . . Si enim talis est testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est et falsitas in elogiis committitur. Diese Vorschrift ist wiederholt in der Notariatsordnung von 1512 Tit. II. § 4. 5.

[2] § 3 I. quib. non est perm. test. fac. (2. 12) . . . mutus is intelligitur, qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur. c. 10 § 5 C. qui fac. test. poss. (6. 22) Sin vero aures quidem apertae sint et vocem recipientes, lingua autem penitus praepedita, . . . attamen si et hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet et eum scribentem omnia facere, sive naturaliter, sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accessit. Hiernach kann heute, wer durch Stummenunterricht articulirt sprechen gelernt hat, auch mündlich testiren, ohne daß es dazu einer Dispensation bedarf. Nach älterem röm. Recht waren Stumme wie Taube (mit Ausnahme der Soldaten § 2 I. de mil. test. 2. 11) wegen der verba nuncupationis, die die damalige Testamentsform forderte, nur testirfähig auf Grund eines kaiserlichen Privilegs, § 3 I. quib. non est perm. test. fac. (2. 12), l. 7 D. h. t. (28. 1), Ulpian. XX. § 13. Im Justinianischen Recht bedarf auch der Taube dieses Privilegs nicht mehr, si vox articulata ei a natura concessa est, c. 10 cit. § 2—4. Selbstverständlich wird ein Testament nicht ungültig, wenn den Erblasser nach Errichtung desselben Stummheit oder Taubheit befällt, l. 6 § 1 D. h. t. (28. 1), § 3 i. f. I. h. t. (2. 12).

[3] In c. 10 pr. § 1 C. h. t. (6. 22) bestimmte Justinian: 1) der Taubstumm-Geborene ist testirunfähig; 2) wer erst durch Krankheit taubstumm geworden ist, kann nur ein eigenhändiges schriftliches Testament errichten, § 3 I. quib. non est perm. test. fac. (2. 12). Die erste Vorschrift beruht auf der Annahme, daß ein Taubstumm-Geborener weder schreiben noch articulirt sprechen lernen könne; sie cessirt deßhalb heute, nicht bloß, wenn er durch Unterricht der Sprache mächtig geworden, sondern auch, wenn er nur schreibensfähig ist (Note 1), dort kann er mündlich testiren, hier schriftlich ein eigenhändiges Testament errichten, vgl. Gensler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 3 S. 367 ff., Windscheid, Pand. § 539 Note 7. Die herrschende Meinung (Glück a. a. O. Bd. 33 S. 371 ff., v. Bangerow, Pand. § 428 Anm. sub I 4) fordert für das schriftliche Testament landesherrliche Dispensation, sofern der Taubstumm-Geborene nicht articulirt sprechen gelernt hat; Sintenis, Civilr. § 167 Anm. 6 fordert sie auch in diesem Fall.

[4] Vgl. c. 29 C. de testam. (6. 23).

[5] Vgl. Gensler, Das Testament einer taubgeborenen und sprachlosen Person, Arch. f. civ. Pr. Bd. 3 S. 345 ff.

Allen dieſen Perſonen fehlt die zur Teſtamentserrichtung erforderliche Handlungsfähigkeit.

2) Aus familienrechtlichen Gründen ſind teſtirunfähig:

a) die Hauskinder[1], aber nur hinſichtlich der bona adventicia regularia[2]. Für dieſes Vermögen fehlt ihnen die zur Teſtamentserrichtung erforderliche Rechtsfähigkeit, weil ſich daſſelbe nicht in ihrer potestas befindet, ſondern wegen des Nießbrauchs und des Verwaltungsrechts des Vaters ſo zu betrachten iſt, als ob solidum perfectumque dominium ei acquisitum fuisset[3]. Ueber die bona castrensia und quasi castrensia können Hauskinder gültig teſtiren[4], ebenſo über die bona adventicia irregularia[5];

[1] c. 3 § 1 C. qui test. fac. poss. (6. 22), l. 16 pr. D. h. t. (28. 1).

[2] pr. I. quib. non est perm. testam. fac. (2. 12) vgl. Theoph. Paraphr. ad h. l.

[3] c. 1 C. de bon. matern. (6. 60). c. 6 § 1 C. de bon. quae lib. in pot. (6. 61).

[4] pr. i. f. I. h. t. (2. 12), c. 12 C. h. t. (6. 22), c. 6 pr. C. h. t. (6. 61).

[5] c. 8 § 5 C. de bon. quae lib. in pot. (6. 61) . . . Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus usus fructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec testari de iisdem rebus permittimus. In c. 8 cit, erläutert Juſtinian die c. 6 C. eod., in welcher er beſtimmt, an welchem Vermögen der Hauskinder der Vater den Nießbrauch haben und nicht haben ſoll. In der c. 6 cit. pr. ſagt er, der Nießbrauch ſei ausgeſchloſſen an den bona castrensia und quasi castrensia, in c. 7 C. eod. ſtellt er dieſen bona die Schenkungen des Kaiſers und der Kaiſerin gleich, und in c. 8 cit. pr. fügt er die von einem Hauskinde angetretene Erbſchaft, welche der Vater ausgeſchlagen hat, hinzu, ſ. oben § 11. Dabei wird in c. 8 § 5 cit. beſtimmt, daß die Hauskinder nur über das Vermögen keine Teſtirfähigkeit haben ſollen, an welchem dem Vater der Nießbrauch zuſteht. Bei dieſer Vorſchrift iſt es geblieben. Sie wird von Juſtinian durch c. 11 C. h. t. (6. 22) vom Jahre 531 noch einmal beſtätigt, um Zweifel darüber auszuſchließen, daß ein Hauskind, an dem Vermögen, welches der Vater nach c. 6 cit. nicht mehr für ſich, ſondern nur noch zum Nießbrauch erwirbt, gleichwohl kein ius testamenti faciendi habe: Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus in rebus, quae parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum aut permissum esse filiis familias . . . testamenta facere . . .; antiqua lex per omnia con-

b) die Verschwender, denen bonis interdictum est[1]. Bei ihnen steht zu befürchten, daß sie ihr Vermögen nicht so vergaben, wie es ihren Familienverhältnissen entspricht[2]. Deßhalb ist ihnen die zur Testamentserrichtung erforderliche Handlungsfähigkeit entzogen, bis sie wieder ad bonos mores reversuri sunt[3]. Recepta vitae sanitate erhalten sie dieselbe wieder, wie der furiosus recepta mentis sanitate; damit hört über beide die Potestas der Curatoren ipso iure auf[4]; richterliche Aufhebung ist dazu nicht erforderlich[5]. Die Altersvormundschaft macht den Mündigen nicht testirunfähig[6].

---

servetur, quae filiis familias nisi in certis casibus testamenta facere nullo concedit modo. Demgemäß sagt auch Theophil. Paraphr. ad pr. I. (2. 12) Quae vero de castrensibus dicta sunt, intellige etiam de his, quae patri non acquiruntur ex constitutionibus propter varias causas. Die heute herrschende Meinung, welche die Fähigkeit der Hauskinder, über die bona adventicia irregularia zu testiren, verneint (vgl. Glück a. a. O. Bd. 34 S. 120 ff., v. Vangerow a. a. O. sub II.) entbehrt der äußeren wie der inneren Begründung; aber sie behauptet mit Recht, daß man sich für diese Fähigkeit nicht berufen kann auf Nov. 117. c. 1, die nur von Dispositionen unter Lebenden spricht.

[1] § 2 I. quid non est perm. test. fac. (2. 12), l. 18 pr. D. h. t. (28. 1).

[2] Wie beim impubes: c. 18 C. de testam. milit. (6. 21) . . . et in tenera aetate ex tali licentia parentibus forte suis vel aliis propinquis nocere. propriam substantiam extraneis relinquentem. l. 9 § 7 D. de reb. cred. (12. 1) . . . cui bonis interdictum est . . . pupillo comparandum.

[3] Paul. R. S. III 4 § 12 Prodigus recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere potest.

[4] l. 1 pr. D. de curat. fur. (27. 10) . . . tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille (prodigus) sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum. Wegen der mangelnden sanitas vitae ist der Prodigus dem Furiosus gleichgestellt: l. 1 pr. cit . . . curatorem ei dare exemplo furiosi. l. 40 D. de R. I. (50. 17). Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

[5] Dies ist auch die Ansicht des R. G., Seuffert, Arch. Bd. 45 Nr. 106. Die herrschende Meinung hält sie für nöthig, Glück a. a. O. S. 377 ff., v. Vangerow a. a. O. § 428 sub I 2, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 309. Auf das römische Recht kann man nach den citirten Stellen

III. Die zur testamenti factio activa erforderliche Handlungsfähigkeit wie die dazu erforderliche Rechtsfähigkeit, die heute nur den Hauskindern für das Teſtament über die regulären Adventicien fehlt[1], muß der Teſtator beide zur Zeit der Teſtamentserrichtung haben; die Handlungsfähigkeit braucht er nur zu dieſer

dieſe Meinung nicht ſtützen und aus inneren Gründen läßt ſie ſich ebenfalls nicht rechtfertigen. Wenn unbeſtritten die Curatel über einen Furioſus ruht per intervalla, quae perfectissima sunt, ohne Aufhebung durch den Richter (S. 357 Note 5), ſo läßt ſich nicht einſehen, weßhalb es bei einem Prodigus anders ſein ſollte, der durch ſeine Handlungen zeigt, daß er einen verſtändigen Willen haben kann. Aus ſolchen Handlungen ergiebt ſich beim Furioſus, daß er compos mentis war, und beim Prodigus, daß es ihm an der sanitas vitae nicht fehlte. Deßhalb muß bei ſolchen Handlungen für beide die Curatel aufhören. Darüber waren die römiſchen Juriſten nicht im Zweifel: nach l. 3 D. de novat. (46. 2) iſt eine Novation des Prodigus gültig, wenn er ſie mit Einſicht zu ſeinem Vortheil vorgenommen hat, ebenſo ſein Erbſchaftsantritt nach l. 5 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Uebereinſtimmend damit wird in Nov. Leon. 39 die Frage: Quid enim, si prodigus hereditatem suis relinquere, aut pauperibus sua distribuere, aut grave servitutis onus servorum cervicibus adimere velit? an ideo, quod prodigus est, id illi non velle liceat? dahin beantwortet: rerum gestarum conditio observetur, et si quidem in ea prodigi mores non conspiciantur, gesta rata sint, si vero a prudenti rerum gestione aberratum esse appareat, neque approbatione, neque confirmatione digna habeantur.

[*] c. 4 C. qui test. fac. poss. (6. 22), ſ. S. 427 Note 4.

[1] Unanwendbar ſind heute nach der Reichsgeſetzgebung: 1) die Vorſchriften des römiſchen Rechts, welche zur Strafe die Teſtirfähigkeit entziehen a) den Capitalverbrechern, l. 8 § 1. 2 D. qui test. fac. poss. (28. 1), l. 6 § 6 sqq. D. de iniust. rupt. irr. test. (28. 3), b) gewiſſen Ketzern, c. 4 § 5 C. de haeret. (1. 5), c. 3 C. de apost. (1. 7), Nov. 115 c. 3 § 14, c) den Pasquillanten, l. 18 § 1 D. qui test. fac. poss. (28. 1), d) den ineeſtuoſen Ehegatten, die nur rechtmäßige Verwandten zu Erben einſetzen konnten, c. 6 C. de inc. nupt. (6. 5), Nov. 12, vgl. mein Syſtem § 5 Note 11; 2) die Vorſchrift des canoniſchen Rechts über die usurarii manifesti, cap. 2 § 1 in VI to (5. 5), vgl. Reichsſtrafgeſetzbuch § 172, 173 § 185 ff., § 284–286, § 301, 302, Reichsgeſetz vom 24. Mai 1880, Windſcheid, Pand. § 539 Note 12. Ueber die Frage, inwieweit dieſe Vorſchriften ſchon im früheren deutſchen Reich ihre Geltung verloren hatten, vgl. Wächter, Arch. f. civ. Pr. Bd. 17 S. 420 ff., und Sintenis, Civilr. § 167 Note 6.

Zeit zu haben, die Rechtsfähigkeit auch zur Zeit seines Todes[1]. Demgemäß ist das von einem impubes, furiosus oder prodigus, wie das von einem Hauskinde errichtete Testament nichtig, wenn auch der Testator vor seinem Tode testirfähig geworden ist; dieser Umstand bewirkt weder eine Convalescenz des Testaments, noch ermöglicht er die Ratihabition[2]. Demgemäß verliert andererseits ein Testament seine Geltung nicht, wenn der Testator nach der Errichtung wahnsinnig oder als Verschwender entmündigt wird[3], wohl aber, wenn er eine capitis deminutio erleidet, weil er durch Arrogation oder Legitimation in väterliche Gewalt kommt[4]. Hier wird aber das schriftliche Testament wieder gültig, wenn der Testator es nach Wiederaufhebung der Gewalt bestätigt[5]. Durch den Beistand oder Consens des Vormunds oder des Vaters kann die Testirunfähigkeit eines impubes, prodigus oder eines Hauskindes nicht ausgeschlossen werden[6].

IV. Der Testator muß nicht bloß die zur t. f. activa erforderliche Rechtsfähigkeit bei der Errichtung des Testaments haben, es darf auch nach den Umständen für ihn nicht zweifelhaft sein,

---

[1] l. 1 § 8 D. de b. p. s. t. (37. 11) . . utroque tempore . . et cum facit testamentum et cum moritur.

[2] l. 1 § 8 D. cit. pr. i. f. I. h. t. (2. 12), l. 201 D. de R. I. (50. 17), Omnia, quae ex testamento profieiscuntur, ita statum eventus capiunt si initium quoque sine vitio ceperint.

[3] § 1. 2 I. h. t. (2. 12), l. 18 pr. D. h. t. (28. 1).

[4] § 4. 5 I. quib. mod. test. inf. (2. 17).

[5] § 6 I. h. t. (2. 17), l. 11 § 2 D. de b. p. s. t. (37. 11), s. unten § 85.

[6] Gaius II. 113. ... minor annorum XIV testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit. pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2.12) ... qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti ius faciendi non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes iis permiserint, nihilo magis iure testari possunt. Gegen die von manchen Juristen (Arndts,) Pand. § 484 Anm. 3 auf cap. 4 de sepult. in VI to (3. 12) gestützte Ansicht, ein Hauskind könne mit Einwilligung des Vaters ein testamentum ad pias causas über sein bona adventicia machen, vgl. bei Fritz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 6 S. 211 ff. den Nachweis, daß diese Stelle nichts dem römischen Recht Widersprechendes enthält; s. auch Sintenis, Civilr. § 167 Note 10, u. Windscheid, Pand. § 539 Note 8 a. E.

ob er ſie hat[1]. Bei einem Teſtament, deſſen Wirkſamkeit der Teſtator ſelbſt dahingeſtellt ſein laſſen muß, bleibt es ungewiß, ob ſeine Anordnungen in der That ſeinem Willen entſprechen, oder ob er ſie vielleicht in der Erwartung getroffen hat, daß ſie niemals zur Geltung gelangen werden[2]. Deßhalb iſt ein im Zweifel über die Teſtirfähigkeit wie das ohne Teſtirfähigkeit errichtete Teſtament nichtig.

V. Das Teſtament gehört zu den Rechtsgeſchäften, bei denen die Stellvertretung ausgeſchloſſen iſt. Es ſoll den auf unparteiiſcher Prüfung beruhenden Willen enthalten, wie der Nachlaß nach der ſittlichen Berechtigung vergabt werden muß[3]. Dieſer Wille kann nur von dem Erblaſſer ſelbſt, nicht für ihn von einem Andern gefaßt werden, und bei dem Schutz, den die Authenticität des Teſtaments fordert, muß auch die Erklärung dieſes Willens in der vorgeſchriebenen Form durch den Erblaſſer in eigener Perſon er-

---

[1] l. 15 D. qui test. fac. poss. (28. 1). De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt. Ulpian. XX. § 11. Qui de statu suo incertus est factus, quod patre peregre mortuo ignorat, se sui iuris esse, testamentutum facere non potest. Beim Soldatenteſtament wurde von dieſem Erforderniß abgeſehen, l. 11 § 1 D. de test. milit. (29. 1), l. 9 D. de iure cod. (29. 7).

[2] l. 14 D. qui test. fac. poss. (28. 1) . . . nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 67 sub 1, meint die gemeinrechtliche Anwendung dieſer Vorſchrift ſei nicht nachzuweiſen, ohne Gründe anzuführen, durch welche ſie ausgeſchloſſen wird.

[3] Seneca, de benef. IV. c. 11 . . . Quid cum in ipso vitae fine constitimus, cum testamentum ordinamus, non beneficia nobis nihil profutura dividimus? Quantum temporis consumitur, quamdiu secreto agitur, quantum et quibus demus? Quid enim interest, quibus demus, a nullo recepturi? Atqui nunquam diligentius damus, nunquam magis iudicia nostra torquemus, quam ubi remotis utilitatibus solum ante oculos honestum stetit; tamdiu officiorum mali iudices, quamdiu illa depravat spes ac metus, ac inertissimum vitium, voluptas, ubi mors interclusit omnia et ad ferendam sententiam incorruptum iudicem misit, quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus: nec quidquam cura sanctiore componimus, quam quod ad nos non pertinet.

folgen[1]. Nur in zwei Fällen ist, damit den Anforderungen der Familieninteressen Rechnung getragen werden kann, eine Stellvertretung zugelassen: für den unmündigen suus kann sein Vater, und für einen Wahnsinnigen sein unmittelbarer Ascendent als Stellvertreter testiren, jener unter der Bedingung, daß der Suus in der Unmündigkeit stirbt, dieser auf den Fall, daß der Furiosus bis zum Tode in ununterbrochenem Wahnsinn verbleibt[2].

B. Form*.

§ 68.

Das Testament ist ein solennes Geschäft[3]. Deßhalb hängt seine Gültigkeit nicht bloß von der Testirfähigkeit des Erblassers ab, sondern auch von der Beobachtung der Formen, welche für

[1] c. 21 § 1 C. de test. (6. 23) . . . dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit. c. 29 § 2 C. eod. et falsitas in elogiis committitur, quam, ut exul fiat a re publica nostra, maxime in testamentorum confectione cupientes . . . Wegen Unzulässigkeit der Stellvertretung muß also auch die bestrittene Frage, ob bei der Errichtung eines s. g. testamentum iudici oblatum (§ 72) die Uebergabe der Testamentsurkunde an das Gericht durch einen Bevollmächtigten erfolgen könne, verneint werden, vgl. Glück, Comment. Bd. 34 S. 21, S. 191 ff., S. 196 ff., Bd. 38 S. 305, Guyet, Arch. f. civ. Pr. Bd. 13 S. 254 ff., Sintenis a. a. O. § 168 Anm. 5, Windscheid, Pand. § 545 Note 5, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 200, Bd. 11 Nr. 263.

[2] l. 2 pr. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6), Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit. § 1 I. de pup. subst. (2. 16) . . . si mente captos habeant filios vel nepotes . . . liceat iis etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere. c. 9 pr. C. de imp. et de al. subst. (6. 26) Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut . . . liceat . . . . his substituere. § 2. 4 I. l. c. (2. 16).

[*] l. 2. 10 de testamentis ordinandis. D. 28. 1 qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. C. 6. 23 de testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur. Notariatsordnung vom Jahre 1512 Tit. II Von Testamenten. Glück, Comment. Bd. 34 S. 149 ff., Bd. 35 S. 1 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 168 ff., Windscheid, Pand. § 540 ff.

[3] l. 1 D. de iniust. rupt. irrit. fact. test. (28. 3),

ſeine Errichtung vorgeſchrieben ſind[1]. Nach dieſen Formen kann ein Teſtament entweder vor Zeugen oder unter Mitwirkung des Gerichts oder des Landesherrn errichtet werden[2]. Danach unterſcheidet man Privatteſtamente und öffentliche Teſtamente. Die regelmäßige Form des Privatteſtaments genügt nicht für alle Fälle, die im Leben vorkommen können, in manchen Fällen ſind mehr Solennitäten geboten, in anderen iſt es nothwendig, von gewiſſen Solennitäten der regelmäßigen Form abzuſehen. Deßhalb ſtehen den öffentlichen Teſtamenten drei Arten von Privatteſtamenten gegenüber: das regelmäßige Privatteſtament, die außerordentlichen Privatteſtamente und die privilegirten Privatteſtamente.

1. Regelmäßiges Privatteſtament.

§ 69.

Das regelmäßige Privatteſtament kann nach den Vorſchriften des Juſtinianiſchen Rechts und der Notariatsordnung von 1512 ſchriftlich oder mündlich[3] errichtet werden. In beiden Fällen gehören zur gültigen Errichtung folgende Solennitäten[4].

I. Die Zuziehung von ſieben[5] Solennitätszeugen[6].

---

[1] l. 4 D. qui test. fac. (28. 1). l. 55 D. de legat. (30), c, 13 C. de testam. (6. 23) Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas, non iurisdictionis mutare formam vet iuri publico derogare cuiquam permissum est.

[2] Die Form des canoniſchen Rechts: Erklärung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen, c. 10 X. de testam. (3. 26), iſt durch die Notariatsordnung vom Jahre 1512, welche ſie nicht beſtätigt, verdrängt worden; vgl. Roth, Zeitſchr. f. Reichs- u. Landesrecht Bd. 1 S. 208 (1874), Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 149.

[3] Das mündliche Teſtament wird in der R.-O. als testamentum nuncupativum, in c. 21 § 4 C. de testam. (6. 23) als testamentum per nuncupationem bezeichnet.

[4] § 4 I. de test. ord. (2. 10) . . . propter testamentorum sinceritatem, ut nulla frans adhibeatur.

[5] c. 32 § 1 C. de fideicommiss. (6. 42) . . . lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.

[6] c. 32 § 1 cit. Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est.

Testamentszeugen sind keine bloßen Beweiszeugen, sie müssen testes idonei sein, d. i. Zeugen, die speziell die Fähigkeit zur Solennisirung eines Testaments haben. Dazu ist erforderlich: 1. die Rogation der Zeugen, welche die vom Testator oder Namens des Testators an sie gerichtete und von ihnen angenommene Aufforderung voraussetzt, dem Act der Testamentserrichtung als Zeugen beizuwohnen[1]: ihre Gegenwart darf keine bloß zufällige[2] und keine unfreiwillige sein[3]; 2. die zum Testamentszeugniß erforderliche Rechtsfähigkeit (testamenti factio)[4]. Unfähig sind[5]: a) Wahn-

---

[1] c. 21 pr. C. de testam. (6. 23) . . . proferre scripturam . . . rogatis testibus septem numero R. O. a. a. O. § 3. l. 21 § 2 D. qui test. fac. (28. 1) . . . testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet: quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante tesimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere. An sich ist hiernach eine Person, die vom Testator nur zum Niederschreiben der Testamentsurkunde aufgefordert ist, kein testis rogatus, aber wenn sie die Urkunde auch als Zeuge mit Zustimmung des Testators unterzeichnet hat, so liegt darin eine stillschweigende Rogation, weil die Rogation an keine besondere Förmlichkeit gebunden ist. Auf diesen Fall bezieht sich die vielbesprochene l. 27 D. qui test. fac. (28. 1), nach der man eine dumme Frage quaestio Domitiana und eine grobe Antwort responsio Celsina nennt. Vgl. über diese Stelle und einen einschlagenden Rechtsfall Hofmann, Krit. Studien im röm. Rechte S. 41 ff., und über die Erfordernisse der Rogation Fein in Glück's Comment. Bd. 44 S. 423 ff., Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 1, Bd. 15 Nr. 32, Bd. 19 Nr. 244, Bd. 20 Nr. 231, Bd. 22 Nr. 156, Bd. 24 Nr. 45.

[2] Aus der in der vorigen Note citirten l. 21 § 2 ergibt sich, wie die Worte testes vel rogati vel qui fortuitu venerint in c. 8 § 3 C. de iure cod. (6. 36) zu verstehen sind; vgl. Fein a. a. O. S. 420 ff.

[3] l. 20 § 10 D. qui test. fac. (28. 1).

[4] § 6 i. de testam. ord. (2. 10). Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Die testamenti factio der Zeugen setzt keine Testirfähigkeit voraus, wie es nach der Erläuterung des § 6 cit. in der N.-O. a. a. O. § 6 scheinen könnte, vgl. § 67 S. 426 Note 2: es können z. B. Ordensgeistliche nicht testiren (§ 1 S. 41 Note 1), aber zum Testamentszeugniß sind sie fähig, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 202, ebenso Hauskinder.

[5] § 6 I. de test. ord. (2. 10.)

ſinnige[1], Blinde[2], Stumme und Taube[3], aber nicht bloß Harthörige[4]; b) Frauen[5], Unmündige[6] und interdicirte Verſchwender[7]; c) der Erbe[8], aber nicht auch der Vermächtnißnehmer[9]; d) alle

[1] l. 20 § 4 D. qui test. fac. (28. 1) . . sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest. l. 22 § 1 D. eod.

[2] Ihre Unfähigkeit iſt in den Quellen nirgends ausgeſprochen, weil ſie ſich von ſelbſt verſteht, wenn der Zweck des maior numerus testium die sinceritas testamentorum iſt, ne quid falsitatis incurrat und nimia subtilitas requirenda est, (ſ. S. 435 Note 5 u. 6). Mit Rückſicht auf dieſen Zweck der Zeugenzuziehung wurde auch einem Blinden das Recht eingeräumt, mündlich zu teſtieren praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam (c. 8 pr. C. qui fac. test. 6. 22), ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis spectata, tot insinuata sensibus (c. 8 cit § 2 i. f.). Gleichwohl iſt die Frage beſtritten. Windſcheid, Pand. § 542 Note 6 und die dort Citirten beſchränken die Unfähigkeit auf das ſchriftliche Teſtament, bei dem ſie weder im Stande ſeien, das Unterſchreiben des Erblaſſers wahrzunehmen, noch ihre eigene Unterſchrift und ihr Siegel wieder zu erkennen, während ſie über ein mündliches Teſtament ein glaubwürdiges Zeugniß ablegen könnten und nur hinſichtlich der Identität des Erblaſſers größere Schwierigkeiten zu überwinden hätten als Sehende. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 70 Note 5 erklärt ſich für die unbeſchränkte Fähigkeit der Blinden zum Teſtamentszeugniß, weil kein Geſetz die Unfähigkeit ausſpreche. Für die hier vertretene vollſtändige Unfähigkeit namentlich Glück, Commentar Bd. 34 Seite 295 ff. und Fein, Fortſ. d. Comment. Bd. 44 S. 452 ff., Puchta, Pand. § 465 Note p., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 169 Anm. 24.

[3] § 6 I. de test. ord. (2. 10) . . . neque mutus neque surdus . . . possunt in numero testium adhiberi. Die N. O. § 6 gedenkt ihrer ausdrücklich nicht, ebenſowenig der Wahnſinnigen, ſie beſchränkt ſich auf den Hinweis, daß es Perſonen gibt, die „in Rechten zu ſolcher Zeugniß verboten" und führt dann einzelne dieſer Perſonen an.

[4] Unter der Vorausſetzung des Nachweiſes, daß von ihnen die Willenserklärung des Teſtators gehört und verſtanden worden iſt, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 2.

[5] § 6 I. de test. ordin. (2. 10), l. 20 § 4 D. qui test. fac. (28. 1). N. O. § 6.

[6] § 6 cit. I. N. O. § 6.

[7] l. 18 pr. D. qui test. fac. (28. 1).

[8] § 10 I. l. c. N. O. § 6.

[9] § 11 I. l. c. . . . quia non iuris succesores sunt l. 20 pr. D. h. t. c. 22 C. de testam. (6. 23) . . . testibus etiam ad efficiendam voluntatem

Personen, die mit dem Erben durch väterliche Gewalt verbunden[1], oder der väterlichen Gewalt des Testators unterworfen sind[2]; e) Personen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind[3]. — Wird ein Zeuge bei Errichtung des Testaments allgemein für

---

adhibitis pro suo libitu quod voluerit testator relinquere non prohibetur. Hiernach sind auch Universalvermächtnißnehmer zum Testamentszeugniß fähig, was wegen der Ausdrucksweise in der Institutionenstelle bezweifelt ist; vgl. Glück a. a. O. Bd. 34 S. 343 ff., S. 357 ff., v. Vangerow, Pand. Bd. 3 § 444 sub I. 6.

[1] § 10 I. l. c. N. O. § 6.

[2] § 9 I. l. c. N. O. § 6. Die Entscheidung in § 9 cit. hinsichtlich des Testaments über das peculium castrense ist aus Gaius II. 106 in die Institutionen übergegangen. Sie steht im Widerspruch mit der späteren die Rechtsentwickelung, nach welcher der Haussohn in Betreff der bona castrensia die Rechte des Paterfamilias hat; ihr entspricht die abweichende Entscheidung in l. 20 § 2 D. qui test. fac. (28. 1) von Ulpian, die deßhalb den Institutionen vorzuziehen ist, Windscheid, Pand. § 542, Note 10, Dernburg, Pand. Bd. 3 § 70 Note 8. Ueber die verschiedenen Ansichten und über Vereinigungsversuche vgl. Glück a. a. O. S. 366 ff., v. Vangerow a. a. O. § 444 sub I. 5.

[3] Reichsstrafgesetzb. § 34 Ziff. 5. Hier ist nur von der Unfähigkeit die Rede, „Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein", deßhalb bleibt fraglich, ob die Unfähigkeit auf das schriftliche Privattestament beschränkt ist. (Dernburg, Pand. a. a. O. Note 7), oder auf das mündliche ausgedehnt werden muß, Mandry, Civilr. Inhalt der Reichsgesetze (3. Aufl.) S. 79 ff., Windscheid a. a. O. Note 12. Aufgehoben durch das Reichsstrafgesetzbuch sind die römischen Vorschriften, welche zur Strafe vom Testamentszeugniß ausschließen: den wegen Ehebruchs und wegen Pasquills Verurtheilten und den repetundarum damnatus, § 6 I. l. c. l. 18 § 1 D. qui test. fac. (28. 1), l. 14 D. de testib. (22. 5), l. 15 pr. D. eod. der schon die l. 20 § 5 D. qui test. fac. (28. 1) entgegensteht; vgl. § 67 S. 431 Note 1.

Wenn auf Grund der Nov. 90 c. 1 der Satz aufgestellt wird: die Zeugen müßten bonae opinionis sein, bescholtene Personen seien zum Testamentszeugniß unfähig (Glück a. a. O. Bd. 34 S. 339, v. Vangerow a. a. O. sub I. 4, Sintenis, Civilr. § 169 Anm. 25 u. E.), so ist dabei übersehen, daß die Novelle aus Anlaß eines in der praefatio erwähnten Falles zwar sagt, man solle solche Personen wegen der Gefahr der Fälschung nicht als Zeugen zuziehen, aber ihre Zuziehung doch nicht verbieten will, da für den Fall, wo sie stattgefunden hat, bestimmt wird: si . . . apparuerint circa testimonii veritatem corumpere, festinantes posse eos etiam verberibus subiacere. Vgl. Windscheid a. a. O. Note 15.

fähig gehalten, ſo darf nachträglich ſeine Fähigkeit nicht mehr in Streit gezogen werden[1].

II. Die Errichtung des Teſtaments vor den verſammelten[2], nicht ſucceſſive vor den einzelnen ſieben Zeugen, und ſo, daß ſie ſämmtlich volle Wahrnehmung von dem Teſtiracte haben[3].

III. Die Errichtung des Teſtaments durch einen einheitlichen Act (ſ. g. unitas actus). In den Teſtiract dürfen keine fremdartigen Geſchäfte eingemiſcht[4] und ſeine Vollendung nicht durch

---

[1] Dieſer Satz iſt aus c. 1 C. de testam. (6. 23) zu entnehmen: Testes servi an liberi fuerunt, non oportet in hac causa tractari, cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sunt. Er entſpricht dem Princip, daß letztwillige Verfügungen möglichſt aufrecht zu erhalten ſind, § 7 I. de test. (2. 10), weil der hier vorliegende Irrthum auch durch nimia subtilitas nicht ausgeſchloſſen werden kann, Glück a. a. O. Bd. 34 S. 341 ff., v. Bangerow a. a. O. § 444 sub I. 6. b Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 129 und die hier citirte Literatur. A. M. namentlich Puchta, Pand. § 465 Note t, Sintenis a. a. O. § 169 Note 19, Windſcheid, Pand. § 542 Note 16, weil in der c. 1 cit. kein allgemeines Princip anerkannt ſei. Jedenfalls empfiehlt es ſich, bei der Errichtung eines Teſtaments mehr als die geſetzliche Anzahl von Zeugen zuzuziehen, damit das Teſtament nicht angefochten werden kann, wenn der eine oder andere Zeuge ſpäter als unfähig erfunden werden ſollte, l. 21 pr. D. qui test. fac. (28. 1), Paulus R. S. III 4a § 10. N. O. § 6.

[2] c. 12 pr. C. eod. Si unus de septem testibus defuerit vel coram testatore omnes . . testes . . . non signaverint, iure deficiat testamentum. c. 21 pr. C. eod . , . . omnibus simul offerre signandam et subscribendam . . . c. 8 pr. C. qui fac. test. (6. 22) . . . cunctis ibidem collectis. Der Umſtand, daß ſich während des Errichtungsactes außer den Zeugen noch andere Perſonen im Krankenzimmer des Teſtators befunden haben, iſt unerheblich, insbeſondere auch die Anweſenheit des im mündlichen Privatteſtament eingeſetzten Erben, Glück a. a. O. Bd. 34 S. 291 ff., Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 6.

[3] c. 9 C. de testam. (6. 23). Si . . testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet. Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 196, Bd. 13 Nr. 45 S. 60, Bd. 1 Nr. 95 sub 5.

[4] l. 21 § 3 D. qui test. fac. (28. 1) Uno contextu actus testari oportet: est autem uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum

Pausen unterbrochen, oder vertagt werden[1]; wo dies geschehen, muß er von vorn beginnen, nicht, wo er abgebrochen wurde, fortgesetzt werden, weil sich damit leicht Irrungen verbinden. Nur ein kurzer Stillstand des begonnenen Testamentsacts, wie er durch leibliche Bedürfnisse oder durch einen vorübergehenden körperlichen Zustand des Testators oder eines Zeugen herbeigeführt wird, ist unschädlich[2]. Machen aber Krankheit eines oder mehrerer Zeugen eine längere Unterbrechung nöthig, so muß alsbald Ersatz durch andere Zeugen eintreten, die vor der Fortsetzung des Testiractes den Testator und die übrigen Zeugen zu befragen haben, ob die bisherigen Testamentshandlungen in ihrer Gegenwart vorgenommen seien[3].

Diese Erfordernisse (testamenti factio der Zeugen, ihre Versammlung, ihre Wahrnehmungsfähigkeit und die unitas actus) müssen neben der Testirfähigkeit des Erblassers beim mündlichen wie beim schriftlichen Testament vorhanden sein vom Moment wo der Testiract beginnt bis zum Moment wo er endigt[4].

---

non vitiatur, § 3 I. de test. (2. 10). c. 28 pr. C. de testam. (6. 23) . . . ea quidem quae minime necessaria sunt, nullo procedere modo, quippe causa subtilissima proposita ea quae superflua sunt minime debent intercedere. Seuffert, Arch. Bd. 19, Nr. 102.

[1] c. 21 pr. § 2 C. eod. . . . . uno eodemque die, nullo actu interveniente, testes omnes, videlicet simul nec diversis temporibus, subscribere signareque testamentum. c. 8 § 1 C. qui fac. test. (6. 22) . . . uno eodemque loco et tempore . . . N. O. a. a. O. § 7 „desselben Tags und Zeit"; c. 7 § 2 C. Th. de testam. (4. 4) . . . ut eodem die, quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, nihil eius in diem alterum differatur. Glück a. a. O. S. 375 ff., Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 4, Bd. 22 Nr. 54. Die von Marezoll in d. Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. Bd. 4 S. 73 ff. auf die Worte eodem die gestützte Ansicht: ein vor Mitternacht begonnenes und erst nach Mitternacht vollendetes Testament sei nichtig, bedarf heute keiner Widerlegung mehr, v. Wangerow a. a. O. § 444 sub II, Sintenis a. a. O. § 169 Anm. 5, Fein in Glück's Comment. Bd. 45 S. 9 ff.

[2] c. 28 § 1. 2. 3. C. de testam. (6. 23) Seuffert, Arch. Bd. 23 Nr. 234.

[3] c. 28 cit. § 4. 5.

[4] l. 20 § 8 qui test. fac. (28. 1).

1. Beim mündlichen Teſtament fordert der Act der Teſtamentserrichtung die vollſtändige mündliche Erklärung des letzten Willens in einer den Zeugen verſtändlichen Sprache[1], oder die Erklärung des Teſtators, daß eine ihm und den Zeugen von einem Andern deutlich vorgeleſene Urkunde ſeinen letzten Willen enthalte[2]. Anfang und Ende dieſer Erklärung ſind Anfang und Ende des Acts der Teſtamentserrichtung[3]. Die Aufnahme einer Beweisurkunde über dieſe Erklärung (ſ. g. testamentum nuncupativum in scripturam redactum) gehört nicht zum Act der Teſtamentserrichtung, weil ſie zur Exiſtenz des Teſtaments nicht erforderlich iſt[4].

2. Beim ſchriftlichen Teſtament begreift der Act der Teſtamentserrichtung drei Handlungen[5].

a) Die Erklärung des Teſtators, daß die von ihm den Zeugen vorgelegte Urkunde ſeinen letzten Willen enthalte[6]. Mit ihr beginnt der Act der Teſtamentserrichtung. Die Abfaſſung der Urkunde gehört nicht dazu. Sie kann vorher niedergeſchrieben ſein, gleichviel ob vom Teſtator (testamentum holographum), oder von einem Dritten (testamentum allographum)[7], gleichviel auf welchem Material[8] und in welcher Sprache[9], wenn die Schrift nur leſerliche Buchſtabenſchrift[10] iſt; Zeichenſchrift iſt unzuläſſig[11].

---

[1] § 14 I. de testam. (2. 10), c. 21 § 4 C. h. t. (6. 23), l. 21 pr. D. qui test. fac. (28. 1). N. O. § 8.

[2] N. O. § 5. Glück's Comment. Bd. 35 S. 13 ff., Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 243.

[3] c. 26 C. de testam. (6. 23).

[4] Vgl. § 50 S. 316 Note 2.

[5] c. 21 pr. § 4 C. de testam. (6. 23), § 3 I. h. t. (2. 10), N. O. § 7.

[6] c. 21 cit. pr. N. O. § 7, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 8.

[7] c. 21 cit. pr. § 2; vgl. l. 28 D. qui test. fac. (28. 1), l. 9 § 3 D. de H. I. (28. 5). Die urſprüngliche Vorſchrift Juſtinian's in c. 29 C. de testam. (6. 23), daß der Name der Erben vom Teſtator ſelbſt geſchrieben, oder den Zeugen genannt werden müſſe, hat er in Nov. 119 c. 5 aufgehoben.

[8] § 12 I. de testam. (2. 10); l. 1 pr. l. 4 D. de b. p. s. t. (37. 11).

[9] c. 21 cit. § 6.

[10] l. 73 § 3 D. de R. I. (50. 17).

[11] l. 6 § 2 D. de b. p. (37. 1).

Correcturen und Rasuren verletzen die Solennität des Testaments nicht[1].

b) Die eigenhändige Unterschrift des Testators[2], oder Recognoscirung derselben in Gegenwart der sieben Zeugen[3]. Nur beim testamentum holographum ist die Unterschrift nicht erforderlich, wenn es die Erklärung des Testators enthält, daß er es eigenhändig geschrieben habe[4]. Sonst und beim testamentum allographum muß, wenn der Testator nicht oder nicht mehr schreiben kann, in dessen Namen ein octavus subscriptor unterschreiben[5], der die Fähigkeit zum Testamentszeugniß hat[6]. Beifügung des Siegels zur Unterschrift des Testators[7] und Datirung des Testaments[8] sind nicht vorgeschrieben.

c) Die eigenhändige Unterschrift der Zeugen unter Beifügung eines Siegels (subscriptio und signatio testium). Mit ihr endigt

[1] c 12 C. de testam. (6. 23).

[2] c. 21 cit. pr. C. eod. N. O. § 7.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 3, Bd. 6 Nr. 50 S. 66 sub b.

[4] c. 28 § 1 C. eod.

[5] c. 21 cit. § 1 C. eod. . . . octavo subscriptore pro eo adhibito. c. 28 § 1 C. eod. Glück a. a. O. Bd. 34 S. 47 ff., S. 403 ff., Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 256, Bd. 21 Nr. 242, Bd. 24 Nr. 128.

[6] Dies Erforderniß ist bestritten, weil die citirten Stellen nur von einem octavus subscriptor, nicht von einem octavus testis sprechen, v. Bangerow a. a. O. § 445 sub 2. a, Dernburg a. a. O. § 70 Note 19. Dabei ist aber die Erläuterung der N. O. übersehen, in der es § 7 heißt: „wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht, durch eines andern achten Zeugen Hand in seinem Namen und auf sein Begehren an einem Ort des Testaments unterschreiben lassen." Hiernach hat der Subscriptor seiner Unterschrift nur beizufügen, in wessen Namen er unterschreibt. Wo er im Testament seine Unterschrift macht, ob vor oder nach der Unterschrift der Zeugen, ist wie bei der eigenen Unterschrift des Testators irrelevant (S. 443 Note 1), vgl. Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 26 (R. G.); der Beifügung des Siegels bedarf es nicht, weil er bei der Unterschrift den Testator vertritt (Note 7), Sintenis a. a. O. § 169 Anm. 11, Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 62, Bd. 18 Nr. 87.

[7] Glück a. a. O. S. 416.

[8] Glück a. a. O. S. 468 ff. fr. 1 Her. Modestini ex libr. regular. bei Huschke, Iurisprud. anteiustin. pag. 626.

der Act der Teſtamentserrichtung[1]. Der nach römiſchem Recht erforderliche Zuſatz, weſſen Teſtament die Zeugen unterſchreiben[2], wird in der Notariatsordnung nicht mehr verlangt[3]. Die Siegel, deren die Zeugen ſich bedienen, können eigene oder fremde ſein[4], obwohl ſie nach heutigem Recht eine Acceſſion der Unterſchrift, alſo Beglaubigungsſiegel für die eigenhändige Unterſchrift ſind[5]. Dieſe Beglaubigung kann in der Urkunde ſelbſt oder auswendig auf dem Umſchlag erfolgen[6]. Iſt daſſelbe Teſtament in mehreren gleichlautenden Exemplaren, die ſämmtlich Originalexemplare ſein

---

[1] c. 21 cit. § 3. N. O. § 7. Die Unterſchrift der Zeugen kann auch vor der Unterſchrift des Teſtators ſtattfinden, wenn nur bei derſelben noch alle ſieben Zeugen gegenwärtig waren, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 50, Bd. 39 Nr. 26 (R. G.). A. M. Glück a. a. O. Bd. 34 S. 466 ff. Von Solennitäten, die ſich der Teſtator willkürlich auferlegt, iſt die Gültigkeit des Teſtaments nicht abhängig, Seuffert, Arch. Bd. 22 Nr. 55.

[2] l. 30 D. qui test. fac. (28. 1).

[3] Glück a. a. O. S. 424, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 220.

[4] c. 12 C. de testam. (6. 23), l. 22 § 2 D. qui test. fac. (28, 1), § 5 I. de test. ord. (2. 10), N. O. § 10.

[5] Puchta, Gewohnheitsr. Bd. 2 S. 72 ff.

[6] Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 137. Die Römer kannten nur den natürlichen Gebrauch der Siegel zu dem Zweck Urkunden zu verſchließen. Bei der Errichtung eines Teſtaments beſtand deshalb die signatio testium in der Zuſiegelung der Teſtamentsurkunde durch die Zeugen; mit ihr mußte ſich als integrirender Beſtandtheil der signatio die superscriptio verbinden, d. h. die Zeugen mußten bei ihren Siegeln auf der Außenſeite des Teſtaments ihre Namen angeben, weil ſie vor der Eröffnung des Teſtaments die Siegel recognosciren ſollten, l. 22, § 4, l. 30 D. qui test. fac. (28 1), l. 4 D. test. quemadm. aper. (29. 3), Paulus R. S. IV. 6 § 1. In der Kaiſerzeit wurde daneben die subscriptio testium in der Urkunde ſelbſt vorgeſchrieben, § 3 I. de testam. (2. 10). Heute, wo durch deutſches Gewohnheitsrecht das Siegel aus einem Mittel zur Verſchließung der Urkunde ein Beglaubigungsmittel für die Namensunterſchrift geworden iſt, bedarf es es nicht mehr der zweifachen Scriptur der Zeugen: es genügt, wenn ihre Namen unter Beifügung des Siegels entweder in der Urkunde ſtehen oder auswendig auf der verſchloſſenen Urkunde, v. Bangerow, Pand. § 445 sub 2. b, Windſcheid, Pand. § 541 Note 4 und die bei ihnen citirte Literatur.

sollen, solennisirt worden[1], so hat es Geltung, wenn sich auch nach dem Tode des Testators nur eines dieser Exemplare findet[2]. Gleichzeitig solennisirte Exemplare mit verschiedenem Inhalt werden als Ein Testament behandelt[3]. Eine bloß des Beweises wegen angefertigte Copie ist kein Testament[4].

Wo es zweifelhaft erscheint, ob ein Privattestament als schriftliches oder mündliches zu beurtheilen sei, weil der Testator die Zeugen auch mit dem Inhalt der Testamentsurkunde bekannt gemacht hat, ist es, wenn das beabsichtigte Testament nur überhaupt in der einen oder anderen Form zu Recht bestehen kann, gleichgültig, ob der Testator schriftlich oder mündlich zu testiren gedachte, sofern er nicht ausdrücklich seinen Willen zu erkennen gegeben hat, ausschließlich in einer bestimmten Form zu verfügen. Wo ein auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg gerichteter Wille vorliegt und die zu dessen Realisirung gewählte Form sich zur Erreichung des Zwecks eignet, ist nicht erforderlich, daß der Verfügende ein besonderes Bewußtsein über die aus mehreren zu wählende Form gehabt hat[5]. Ein Testament, welches der Erblasser in der Meinung, schriftlich zu testiren, unter Beobachtung aller Formen des mündlichen Testaments errichtet hat, ist daher als mündliches für rechtsbeständig zu erachten, wenn sich in der schriftlichen Errichtung ein Mangel findet; ebenso verhält es sich bei einem Testament, welches in der Meinung, mündlich zu testiren, unter Beobachtung aller Formen des schriftlichen Testaments errichtet worden ist. Im

---

[1] l. 24 D. qui test. fac. (28. 1). Unum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest, idque interdum necessarium est, forte si navigaturus et secum ferre et relinquere iudiciorum suorum testationem velit.

[2] l. 1 § 5 D. de b. p. s. t. (37. 11), l. 4 D. de his quae in test. del. (28. 4); l. 3 § 1 D. de tab. exh. (43. 5).

[3] l. 1 § 6 D. de b. p. s. t. (37. 11).

[4] l. 1 § 7 D. eod. l. 12 D. testam. quemadmod. aper. (29. 3). Vgl. Leist in Glück's Comment. Serie d. Büch. 37 u. 38 IV. S. 244 ff.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 152, Bd. 29 Nr. 37.

Zweifel iſt ſtets zu vermuthen, der Teſtator habe in der Form teſtiren wollen, in welcher ſein Teſtament beſtehen könne[1].

2. Außerordentliche Privatteſtamente.

§ 70.

Mehr Solennitäten als das regelmäßige Privatteſtament fordern:

I. Das ſchriftliche Teſtament eines Schreibensunkundigen. Hier bedarf es der Zuziehung eines achten Zeugen, der die Unterſchrift im Namen des Teſtators macht[2].

II. Das Teſtament eines Blinden[3]. Die Errichtung desſelben kann nur mündlich (sine scriptis)[4] erfolgen und nur vor ſieben Teſtamentszeugen, zu denen noch ein Notarius[5] oder, wenn ein ſolcher nicht zu bekommen wäre, ein achter Zeuge hinzuziehen iſt[6]. Uebrigens kann ſie aber in doppelter Weiſe geſchehen: a) ſo, daß der Erblaſſer ſeine letztwilligen Verfügungen dieſen vor ihm verſammelten Perſonen bekannt macht und ſie dann vom Notar oder dem achten Zeugen eigenhändig in Gegenwart der ſieben

---

[1] Glück, Comment. Bd. 33 S. 331, Bd. 34 S. 402, Bd. 35 S. 29 ff., Bd. 38 S. 409, Windſcheid a. a. O. § 541 Note 3, Dernburg a. a. O. § 70 Note 14, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 7, Bd. 7 Nr. 199, Bd. 13 Nr. 152, Bd. 17 Nr. 148, Bd. 20 Nr. 144, A. M. Sintenis a. a. O. § 169 Anm. 17 a. E. — Ueber den Beweis der Teſtamentsförmlichkeiten ſ. oben § 50 S. 317. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 3. 5. 8, Bd. 29 Nr. 38.

[2] c. 21 § 1, c. 28 § 1 C. de testam. (6. 23). R. O. a. a. O. § 7, vgl. § 69 S. 442 Note 5 u. 6. Kann der Teſtator auch Geſchriebenes nicht leſen, ſo iſt es rathſam, daß ihm die Teſtamentsurkunde beim Teſtiract vorgeleſen wird, aber vorgeſchrieben iſt es nicht, Glück a. a. O. Bd. 34 S. 47 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 169 Anm. 11, a. E., Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 128.

[3] c. 8 C. qui test. fac. (6. 22), § 4 I. quib. non est perm. test. fac. (2. 12). R. O. a. a. O. § 9. Glück a. a. O. Bd. 34 S. 26 ff., Sintenis a. a. O. § 170 Anm. 16.

[4] c. 8 cit. pr. . . . per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis . . . ut sine scriptis testentur.

[5] c. 8 cit. pr. praesentibus septem testibus — tabulario etiam.

[6] c. 8 cit. § 2.

Zeugen niederschreiben und von diesen wie von dem Notar bzw. dem achten Zeugen unterschreiben und unterſiegeln läßt[1]; oder b) ſo, daß der Erblaſſer jenen vor ihm verſammelten Perſonen eine vorher abgefaßte Urkunde mit der Erklärung, daß ſie ſeinen letzten Willen enthalte, durch den Notar bzw. den achten Zeugen vorleſen und von allen Zeugen wie von dem Notar bzw. dem achten Zeugen unterſchreiben und unterſiegeln läßt[2]. Die N. O. fordert nicht das Vorleſen der Urkunde durch den Notar bzw. durch den achten Zeugen, ſondern nur noch, daß es „vor den Zeugen und Notarien" Statt finde. Der Erblaſſer kann alſo heute damit auch einen Andern beauftragen[3].

3. Privilegirte Privatteſtamente.

§ 71.

Privatteſtamente, die weniger Solennitäten als das regelmäßige Teſtament fordern, ſind:

I. Das ſ. g. testamentum ruri conditum[4], d. i. ein auf dem Lande[5] errichtetes ſchriftliches Teſtament. Für dasſelbe gelten hinſichtlich des Erforderniſſes der subscriptio testium folgende ſinguläre Vorſchriften: a) ſind des Schreibens kundige

---

[1] c. 8 cit. pr. . . . omnibus ibidem collectis — testantis arbitrium. Dieſe Stelle fordert nur die Unterſiegelung des Notars, die N. O. § 9 auch ſeine Unterſchrift.

[2] c. 8 cit. § 1 b At cum humana fragilitas — quam tabularii. Auch in dieſem Fall wird hier nur die Unterſiegelung des Notars gefordert, in der N. O. § 9 auch ſeine Unterſchrift.

[3] Glück a. a. O. S. 36.

[4] c. 31 C. de testam. (6. 23). N. O. a. a. O. § 2. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 42 S. 245 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 170 Anm. 15, Windſcheid, Pand. § 544 sub 3.

[5] Die c. 31 cit. pr. ſpricht von Teſtamenten der homines rustici oder rusticani. Zu ihnen zählen auch die Städter, welche in die Lage kommen, auf dem Lande ein ſchriftliches Teſtament zu machen. Das Geſetz knüpft ſein Privilegium nicht an einen gewiſſen Stand, ſondern an die loci, in quibus raro inveniuntur homines litterati, die des Schreibens kundig ſind. Die N. O § 2, die nur das römiſche Recht wiederholen will, ſagt: „auf dem Gau, wo Bauersleute Teſtament machten."

Zeugen überhaupt nicht aufzufinden[1], ſo genügt die Zuziehung von ſieben im Nothfall von fünf Zeugen ohne subscriptio, ſofern alle ſonſtigen Solennitäten des ſchriftlichen Teſtaments (signatio testium, Unterſchrift des Teſtators, unitas actus u. ſ. w.) beobachtet werden[2]; b) ſind unter den ſieben oder fünf zugezogenen Zeugen einige oder doch einer des Schreibens kundig, ſo kann die subscriptio testium in der Weiſe ſtattfinden, daß die ſchreibenskundigen Zeugen für die ſchreibensunkundigen in deren Gegenwart mitunterſchreiben, wenn allen Zeugen der Inhalt des Teſtaments bekannt gemacht iſt, und ſie ihn nach dem Ableben des Teſtators eidlich bekräftigen[3]. Die Unmöglichkeit, ſchreibunkundige Zeugen in der an ſich erforderlichen Zahl herbeizuſchaffen, wird bis zum Beweiſe des Gegentheils präſumirt[4]. Für das mündliche auf dem Lande errichtete Teſtament giebt es keine Privilegien[5].

---

[1] Für den Fall, wo ſie zu haben ſind, beſtimmt c. 31 cit. § 2 . . ubi scientes litteras inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium convocari necesse est, adhibeantur, et unusquisque pro sua persona subscribat.

[2] c. 31 cit. § 2 . . . Ubi autem non inveniuntur litterati, septem testes et sine scriptura testimonium adhibentes admitti. § 3. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus, minus autem nullo modo concedimus.

[3] c. 31 cit. § 4. Si vero unus aut duo vel plures scierint litteras, liceat his pro ignorantibus litteras, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem . . . et hoc post mortem testatoris iurati deponant. Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 62. Die Praxis hält es für genügend, wenn der Namen des ſchreibunkundigen Zeugen durch einen Notar, ſtatt durch einen Mitzeugen beigefügt wird, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 203 sub 2.

[4] Mühlenbruch a. a. O. S. 260 ff., Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 203 sub 1, A. M. Windſcheid a. a. O. Note 8: er fordert von dem, der ſich auf das Teſtament beruft, den Beweis, daß die Beobachtung der regelmäßigen Teſtamentsform unmöglich geweſen ſei.

[5] Die c. 31 cit. ſpricht, wie ihr Wortlaut in den vorſtehenden Citaten zeigt, nur vom ſchriftlichen Teſtament und ſagt in § 5: Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo legum subtilitate remissa firmum validumque consistat.

II. Das s. g. testamentum parentum inter liberos[1] d. i. ein Testament, welches Ascendenten ausschließlich hinsichtlich ihrer Descendenten machen. Es kann schriftlich und mündlich in privilegirter Form errichtet werden[2].

a) Schriftlich genügt nach römischem Recht eine Urkunde, in welcher der Testator das Datum der Abfassung, die Namen der Descendenten und die ihnen zugewiesenen Sachen oder Erbtheile, diese in Worten nicht mit Zahlzeichen, eigenhändig geschrieben hat[3]. Sonstiger Förmlichkeiten, namentlich der Zuziehung von

---

Wenn die N. O. § 2 schlechthin, ohne zwischen schriftlichem und mündlichem Testament zu unterscheiden, sagt: „auf dem Gau, wo Bauersleute Testament machten, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, auf's mindst fünf Zeugen", so kommt das nicht in Betracht, weil sie das römische Recht nicht abändern, sondern nur wiederholen will. Die herrschende Doctrin nimmt gleichwohl an, daß auch ein mündliches Testament auf dem Lande im Nothfall vor fünf Zeugen errichtet werden könne, vgl. über diese und sonstige Streitfragen die S. 446 in Note 4 citirten Schriftsteller.

[1] c. 21 § 3 C. de testam. (6. 23). Nov. 107, c. 1. 2. N. O. a. a. O. § 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 151 ff., Sintenis a. a. O. § 170 sub E, Fritz, Versuch einer histor. dogm. Darstellung der Lehre vom Testament, welches Eltern unter ihren Kindern errichten (1822), Strippelmann, Entsch. d. O. A. G. zu Cassel IV S. 21 ff., Windscheid a. a. O. sub 4.

[2] c. 21 § 3 cit. Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.

[3] Nov. 107 c. 1 . . . volumus, si quis litteras sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius praescriptione tempus denotet, deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistant. Zu dieser Stelle ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken: a) „filii" sind väterliche wie mütterliche Descendenten jeden Grades, die zur Intestaterbfolge berufen werden können l. 122, 201, 220, § 3 D. de V. S. (50. 16); zu ihnen zählen also auch die vom Vater legitimirten und adoptirten, aber nicht seine unehelichen Kinder, wohl aber die unehelichen Kinder der Mutter und die von ihr in solatium liberorum amissorum adoptirten Kinder. Nov. 107 praef . . . non in patribus solum hoc disponens, sed etiam in matribus et ascendentibus utriusquae naturae. Mühlenbruch a. a. O. 171 ff.; b) in den Worten primum quidem . . . tempus denotet

Zeugen, der Unterſchrift des Teſtators[1], der Vorleſung und Genehmigung des Teſtaments[2] bedarf es nicht, gleichviel welche letztwilligen Verfügungen bezüglich der Deſcendenten getroffen werden, ob Erbeinſetzungen, Subſtitutionen, Enterbungen, Vormundsernennungen, Vermächtniſſe u. ſ. w.[3]. Aber Erbeinſetzungen fremder Perſonen ſind nichtig[4], und Vermächtniſſe an fremde Perſonen nur gültig, wenn neben der eigenhändigen Anordnung noch vom Teſtator vor Zeugen erklärt iſt, daß alles, was in der Urkunde enthalten, von ihm ſelbſt geſchrieben ſei und Geltung haben ſolle[5]. Der Widerruf dieſes privilegirten Teſtaments kann nur durch Zer-

---

ſoll durch „primum“ nicht vorgeſchrieben werden, daß die Zeitangabe an den Anfang der Urkunde zu ſetzen ſei, dieſe Worte wollen nur bei Aufzählung der verſchiedenen Erforderniſſe der in Rede ſtehenden letztwilligen Verfügung die Zeitangabe als erſtes anführen, es kann alſo das Datum auch am Schluß des Teſtaments angegeben werden, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 69; c) der Angabe der „nomina“ filiorum ſteht eine jeden Zweifel ausſchließende, vom Erblaſſer ſelbſt geſchriebene Bezeichnung der Kinder gleich, Seuffert a. a. O. Nr. 68; d) die Feſtſetzung des „unciae“ in Buchſtaben iſt natürlich nur erforderlich, wo ſie nicht ſchon von ſelbſt beſtimmt ſind, weil die Kinder nach den Grundſätzen der Inteſtaterbfolge erben ſollen oder sine parte eingeſetzt ſind, Seuffert a. a. O. Nr. 71.

[1] Mühlenbruch a. a. O. S. 184, Windſcheid a. a. O. Note 11, A. M. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 72 sub 4, weil nach heutigem Recht zur Vollendung einer Privaturkunde die Unterſchrift erforderlich ſei, R.C.P.O. § 381, 405.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 261. Seuffert, Arch. Bd. 26 Nr. 250.

[3] Nov. 107 c. 1 . . . Si vero — derelinquant.

[4] c. 21 cit. § 3a . . . pro nullo haberi, sed liberis accrescere.

[5] Nov. 107 c. 1 . . . Si tamen aut uxori — sint firma. In dieſem Satze heißt es: et haec propria scripta manu dictaque a testatoribus coram testibus. Die Zahl der Zeugen iſt nicht vorgeſchrieben, deshalb genügen zwei Beweiszeugen: ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient, l. 12 D. de testib. (22. 5), Windſcheid a. a. O. Note 13. Dies iſt aber nicht unbeſtritten; manche Juriſten fordern die überhaupt für Teſtamente erforderliche Anzahl von ſieben Solennitätszeugen, andere die der Regel nach für Vermächtniſſe erforderlichen fünf Codicillarzeugen, Mühlenbruch a. a. O. S. 213 ff., S. 226 ff., Fein in Glück's Comment. Bd. 45 S. 78, Dernburg a. a. O.

störung der Testamentsurkunde erfolgen, oder durch ein neues schriftliches oder mündliches Testament in der regelmäßigen Form, welches vor sieben Zeugen mit der Erklärung errichtet ist, daß es an die Stelle des testamentum parentum inter liberos treten solle. Durch ein neues testamentum parentum inter liberos kann es nicht aufgehoben werden, ebensowenig durch die bloße Erklärung, daß es nicht mehr gelten solle[1]

b) Mündlich wie schriftlich kann das testamentum par. i. l. nach der N. O. a. a. O. § 2 auch vor zwei Zeugen errichtet werden: „Aber in Testamenten so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen in dem Fall, da kein ander ihr Testament zuvorgemacht, abgethan würde . . . : da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen, bis auf zween Zeugen". Widerrufskraft hat hiernach das testamentum par. i. l. in dieser Form nicht. Seine Wirksamkeit setzt voraus, daß kein früheres Testament zu Recht besteht[2], und daß bei seiner Errichtung, abgesehen von der Zahl der Zeugen die Solennitäten des regelmäßigen mündlichen oder schriftlichen Testaments beobachtet sind[3].

---

[1] Nov. 107 c. 2. Ueber den Inhalt dieses Kapitels wird ohne Grund gestritten, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 416 ff., Sintenis a. a. O. Anm. 20 und die Auth. Hoc inter ad c. 21 § 3 cit.

[2] Die angeführten Worte der N. O. werden allgemein dahin verstanden, daß die Errichtung eines testamentum parentum inter liberos nur möglich sei, wenn nicht schon ein anderes Testament existirt, Mühlenbruch a. a. O. S. 230, Windscheid a. a. O. Note 15. Man darf aber auf Grund derselben nur dem in Form der N. O. errichteten testam. par. i. l. die Widerrufskraft absprechen, nicht auch dem, welches in der röm. Form errichtet ist. Dernburg a. a. O. Note 9 a. E. bestreitet überhaupt den Satz, daß ältere Testamente nicht durch ein Ascendenten-Testament beseitigt würden.

[3] Durch die N. O. ist die römische Form des testam. par. i. l. nicht aufgehoben, sondern ihr noch eine neue an die Seite gesetzt. Dieses Testament kann deshalb heute in drei Formen errichtet werden, schriftlich ohne Zeugen nach römischem Rechte, und schriftlich oder mündlich vor zwei Beweiszeugen nach der N. O., Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 261. Das Verhältniß der N. O. zum röm. Recht ist aber sehr bestritten; die herrschende Ansicht beschränkt die Errichtung vor zwei Zeugen auf das mündliche Testament: Windscheid a. a. O. Note 16, Dernburg a. a. O. Note 8, Seuffert,

Verſchieden von dem testamentum par. i. l. iſt die ſ. g. divisio par. i. l.[1]. Sie beſteht in einer vorläufigen gänzlichen oder theilweiſen Erbtheilung eines väterlichen oder mütterlichen Aſcendenten unter ſeine Deſcendenten durch Zuweiſung der einzelnen Vermögensſtücke, welche ſie bei ſeiner künftigen geſetzlichen oder teſtamentariſchen Beerbung auf ihre Erbtheile erhalten ſollen[2]. Unter den Begriff dieſer divisio fallen alſo nur Beſtimmungen, durch welche der Aſcendent dem officium arbitri dividendae hereditatis zuvorkommen will[3]. Die Beſtimmung von Erbſchaftsquoten iſt ſo wenig eine divisio wie die Verfügung, welche Erbesernennungen, Vermächtniſſe oder Enterbungen enthält, ſondern nur die Vertheilung der einzelnen Vermögensrechte und Schulden[4], für die der Erblaſſer die Theilungsformen wie ein Theilungsrichter ex aequo et bono beſtimmt hat[5]. Daher beſchränkt ſich die Vorſchrift, nach welcher die divisio parentum inter liberos nicht bloß im Teſtament gemacht werden kann[6], ſondern auch durch ein privilegirtes Codicill[7] in Form eines von dem Aſcendenten oder von den Deſcendenten unterſchriebenen Aufſatzes[8] über die vermächt-

---

Arch. Bd. 2 Nr. 70. — Ueber anderweitige Streitfragen vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 176 ff., Sintenis a. a. O., Holzſchuher, Theor. u. Caſuiſt. d. gem. R. Bd. 2 § 159, 160.

[1] Mühlenbruch a. a. O. S. 231 ff., Sintenis a. a. O. Anm. 22 ff.

[2] Nov. 18 c. 7, Nov. 107 c. 3.

[3] c. 21 C. fam. erc. (3. 36) Si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praveniendo pater . . . suam declaravit voluntatem. c. 10 C. eod. l. 20 § 3, l. 33 D. h. t. (10. 2).

[4] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 237 ff.

[5] Vgl. § 40 S. 248 ff.

[6] Nicht-Aſcendenten können das officium arbitri dividendae hereditatis nur im Teſtament ausüben. Brinz, Pand. Bd. 3. § 407 Note 69.

[7] Windſcheid, Pand. Bd. 3. § 628 Note 13, Seuffert, Arch. Bd. 37 Nr. 322.

[8] Nov. 18 c. 7 . . . si quis voluerit suas res filiis dividere aut omnes aut etiam aliquas forte relinquere praecipuas, has maxime quidem, si possibile est, dicat in testamento . . .; si autem hoc non agat propter aliquas necessitates . . ., licet tamen descriptiones facere rerum,

Correcturen und Rasuren verletzen die Solennität des Testaments nicht[1].

b) Die eigenhändige Unterschrift des Testators[2], oder Recognoscirung derselben in Gegenwart der sieben Zeugen[3]. Nur beim testamentum holographum ist die Unterschrift nicht erforderlich, wenn es die Erklärung des Testators enthält, daß er es eigenhändig geschrieben habe[4]. Sonst und beim testamentum allographum muß, wenn der Testator nicht oder nicht mehr schreiben kann, in dessen Namen ein octavus subscriptor unterschreiben[5], der die Fähigkeit zum Testamentszeugniß hat[6]. Beifügung des Siegels zur Unterschrift des Testators[7] und Datirung des Testaments[8] sind nicht vorgeschrieben.

c) Die eigenhändige Unterschrift der Zeugen unter Beifügung eines Siegels (subscriptio und signatio testium). Mit ihr endigt

---

[1] c 12 C. de testam. (6. 23).

[2] c. 21 cit. pr. C. eod. N. O. § 7.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 3, Bd. 6 Nr. 50 S. 66 sub b.

[4] c. 28 § 1 C. eod.

[5] c. 21 cit. § 1 C. eod. . . . octavo subscriptore pro eo adhibito. c. 28 § 1 C. eod. Glück a. a. O. Bd. 34 S. 47 ff., S. 403 ff., Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 256, Bd. 21 Nr. 242, Bd. 24 Nr. 128.

[6] Dies Erforderniß ist bestritten, weil die citirten Stellen nur von einem octavus subscriptor, nicht von einem octavus testis sprechen, v. Bangerow a. a. O. § 445 sub 2. a, Dernburg a. a. O. § 70 Note 19. Dabei ist aber die Erläuterung der N. O. übersehen, in der es § 7 heißt: „wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht, durch eines andern achten Zeugen Hand in seinem Namen und auf sein Begehren an einem Ort des Testaments unterschreiben lassen." Hiernach hat der Subscriptor seiner Unterschrift nur beizufügen, in wessen Namen er unterschreibt. Wo er im Testament seine Unterschrift macht, ob vor oder nach der Unterschrift der Zeugen, ist wie bei der eigenen Unterschrift des Testators irrelevant (S. 443 Note 1), vgl. Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 26 (R. G.); der Beifügung des Siegels bedarf es nicht, weil er bei der Unterschrift den Testator vertritt (Note 7), Sintenis a. a. O. § 169 Anm. 11, Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 62, Bd. 18 Nr. 87.

[7] Glück a. a. O. S. 416.

[8] Glück a. a. O. S. 468 ff. fr. 1 Her. Modestini ex libr. regular. bei Huschke, Iurisprud. anteiustin. pag. 626.

der Act der Teſtamentserrichtung[1]. Der nach römiſchem Recht erforderliche Zuſatz, weſſen Teſtament die Zeugen unterſchreiben[2], wird in der Notariatsordnung nicht mehr verlangt[3]. Die Siegel, deren die Zeugen ſich bedienen, können eigene oder fremde ſein[4], obwohl ſie nach heutigem Recht eine Acceſſion der Unterſchrift, alſo Beglaubigungsſiegel für die eigenhändige Unterſchrift ſind[5]. Dieſe Beglaubigung kann in der Urkunde ſelbſt oder auswendig auf dem Umſchlag erfolgen[6]. Iſt daſſelbe Teſtament in mehreren gleichlautenden Exemplaren, die ſämmtlich Originalexemplare ſein

---

[1] c. 21 cit. § 3. N. O. § 7. Die Unterſchrift der Zeugen kann auch vor der Unterſchrift des Teſtators ſtattfinden, wenn nur bei derſelben noch alle ſieben Zeugen gegenwärtig waren, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 50, Bd. 39 Nr. 26 (R. G.). A. M. Glück a. a. O. Bd. 34 S. 466 ff. Von Solennitäten, die ſich der Teſtator willkürlich auferlegt, iſt die Gültigkeit des Teſtaments nicht abhängig, Seuffert, Arch. Bd. 22 Nr. 55.

[2] l. 30 D. qui test. fac. (28. 1).

[3] Glück a. a. O. S. 424, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 220.

[4] c. 12 C. de testam. (6. 23), l. 22 § 2 D. qui test. fac. (28, 1), § 5 I. de test. ord. (2. 10), N. O. § 10.

[5] Puchta, Gewohnheitsr. Bd. 2 S. 72 ff.

[6] Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 137. Die Römer kannten nur den natürlichen Gebrauch der Siegel zu dem Zweck Urkunden zu verſchließen. Bei der Errichtung eines Teſtaments beſtand deshalb die signatio testium in der Zuſiegelung der Teſtamentsurkunde durch die Zeugen; mit ihr mußte ſich als integrirender Beſtandtheil der signatio die superscriptio verbinden, d. h. die Zeugen mußten bei ihren Siegeln auf der Außenſeite des Teſtaments ihre Namen angeben, weil ſie vor der Eröffnung des Teſtaments die Siegel recognosciren ſollten, l. 22, § 4, l. 30 D. qui test. fac. (28 1), l. 4 D. test. quemadm. aper. (29. 3), Paulus R. S. IV. 6 § 1. In der Kaiſerzeit wurde daneben die subscriptio testium in der Urkunde ſelbſt vorgeſchrieben, § 3 I. de testam. (2. 10). Heute, wo durch deutſches Gewohnheitsrecht das Siegel aus einem Mittel zur Verſchließung der Urkunde ein Beglaubigungsmittel für die Namensunterſchrift geworden iſt, bedarf es es nicht mehr der zweifachen Scriptur der Zeugen: es genügt, wenn ihre Namen unter Beifügung des Siegels entweder in der Urkunde ſtehen oder auswendig auf der verſchloſſenen Urkunde, v. Wangerow, Pand. § 445 sub 2. b, Windſcheid, Pand. § 541 Note 4 und die bei ihnen citirte Literatur.

sollen, solennisirt worden[1], so hat es Geltung, wenn sich auch nach dem Tode des Testators nur eines dieser Exemplare findet[2]. Gleichzeitig solennisirte Exemplare mit verschiedenem Inhalt werden als Ein Testament behandelt[3]. Eine bloß des Beweises wegen angefertigte Copie ist kein Testament[4].

Wo es zweifelhaft erscheint, ob ein Privattestament als schriftliches oder mündliches zu beurtheilen sei, weil der Testator die Zeugen auch mit dem Inhalt der Testamentsurkunde bekannt gemacht hat, ist es, wenn das beabsichtigte Testament nur überhaupt in der einen oder anderen Form zu Recht bestehen kann, gleichgültig, ob der Testator schriftlich oder mündlich zu testiren gedachte, sofern er nicht ausdrücklich seinen Willen zu erkennen gegeben hat, ausschließlich in einer bestimmten Form zu verfügen. Wo ein auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg gerichteter Wille vorliegt und die zu dessen Realisirung gewählte Form sich zur Erreichung des Zwecks eignet, ist nicht erforderlich, daß der Verfügende ein besonderes Bewußtsein über die aus mehreren zu wählende Form gehabt hat[5]. Ein Testament, welches der Erblasser in der Meinung, schriftlich zu testiren, unter Beobachtung aller Formen des mündlichen Testaments errichtet hat, ist daher als mündliches für rechtsbeständig zu erachten, wenn sich in der schriftlichen Errichtung ein Mangel findet; ebenso verhält es sich bei einem Testament, welches in der Meinung, mündlich zu testiren, unter Beobachtung aller Formen des schriftlichen Testaments errichtet worden ist. Im

---

[1] l. 24 D. qui test. fac. (28. 1). Unum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest, idque interdum necessarium est, forte si navigaturus et secum ferre et relinquere iudiciorum suorum testationem velit.

[2] l. 1 § 5 D. de b. p. s. t. (37. 11), l. 4 D. de his quae in test. del. (28. 4); l. 3 § 1 D. de tab. exh. (43. 5).

[3] l. 1 § 6 D. de b. p. s. t. (37. 11).

[4] l. 1 § 7 D. eod. l. 12 D. testam. quemadmod. aper. (29. 3). Vgl. Leist in Glück's Comment. Serie d. Büch. 37 u. 38 IV. S. 244 ff.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 152, Bd. 29 Nr. 37.

Zweifel iſt ſtets zu vermuthen, der Teſtator habe in der Form teſtiren wollen, in welcher ſein Teſtament beſtehen könne[1].

2. Außerordentliche Privatteſtamente.

§ 70.

Mehr Solennitäten als das regelmäßige Privatteſtament fordern:

I. Das ſchriftliche Teſtament eines Schreibensunkundigen. Hier bedarf es der Zuziehung eines achten Zeugen, der die Unterſchrift im Namen des Teſtators macht[2].

II. Das Teſtament eines Blinden[3]. Die Errichtung desſelben kann nur mündlich (sine scriptis)[4] erfolgen und nur vor ſieben Teſtamentszeugen, zu denen noch ein Notarius[5] oder, wenn ein ſolcher nicht zu bekommen wäre, ein achter Zeuge hinzuziehen iſt[6]. Uebrigens kann ſie aber in doppelter Weiſe geſchehen: a) ſo, daß der Erblaſſer ſeine letztwilligen Verfügungen dieſen vor ihm verſammelten Perſonen bekannt macht und ſie dann vom Notar oder dem achten Zeugen eigenhändig in Gegenwart der ſieben

---

[1] Glück, Comment. Bd. 33 S. 331, Bd. 34 S. 402, Bd. 35 S. 29 ff., Bd. 38 S. 409, Windſcheid a. a. O. § 541 Note 3, Dernburg a. a. O. § 70 Note 14, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 7, Bd. 7 Nr. 199, Bd. 13 Nr. 152, Bd. 17 Nr. 148, Bd. 20 Nr. 144, A. M. Sintenis a. a. O. § 169 Anm. 17 a. E. — Ueber den Beweis der Teſtamentsförmlichkeiten ſ. oben § 50 S. 317. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 95 sub 3. 5. 8, Bd. 29 Nr. 38.

[2] c. 21 § 1, c. 28 § 1 C. de testam. (6. 23). N. O. a. a. O. § 7, vgl. § 69 S. 442 Note 5 u. 6. Kann der Teſtator auch Geſchriebenes nicht leſen, ſo iſt es rathſam, daß ihm die Teſtamentsurkunde beim Teſtiract vorgeleſen wird, aber vorgeſchrieben iſt es nicht, Glück a. a. O. Bd. 34 S. 47 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 169 Anm. 11 a. E., Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 128.

[3] c. 8 C. qui test. fac. (6. 22), § 4 I. quib. non est perm. test. fac. (2. 12). N. O. a. a. O. § 9. Glück a. a. O. Bd. 34 S. 26 ff., Sintenis a. a. O. § 170 Anm. 16.

[4] c. 8 cit. pr. . . per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis . . . ut sine scriptis testentur.

[5] c. 8 cit. pr. praesentibus septem testibus — tabulario etiam.

[6] c. 8 cit. § 2.

Zeugen niederschreiben und von diesen wie von dem Notar bzw. dem achten Zeugen unterschreiben und unterſiegeln läßt[1]; oder b) ſo, daß der Erblaſſer jenen vor ihm verſammelten Perſonen eine vorher abgefaßte Urkunde mit der Erklärung, daß ſie ſeinen letzten Willen enthalte, durch den Notar bzw. den achten Zeugen vorleſen und von allen Zeugen wie von dem Notar bzw. dem achten Zeugen unterſchreiben und unterſiegeln läßt[2]. Die N. O. fordert nicht das Vorleſen der Urkunde durch den Notar bzw. durch den achten Zeugen, ſondern nur noch, daß es „vor den Zeugen und Notarien" Statt finde. Der Erblaſſer kann alſo heute damit auch einen Andern beauftragen[3].

3. Privilegirte Privatteſtamente.

§ 71.

Privatteſtamente, die weniger Solennitäten als das regelmäßige Teſtament fordern, ſind:

I. Das ſ. g. testamentum ruri conditum[4], d. i. ein auf dem Lande[5] errichtetes ſchriftliches Teſtament. Für dasſelbe gelten hinſichtlich des Erforderniſſes der subscriptio testium folgende ſinguläre Vorſchriften: a) ſind des Schreibens kundige

---

[1] c. 8 cit. pr. . . . omnibus ibidem collectis — testantis arbitrium. Dieſe Stelle fordert nur die Unterſiegelung des Notars, die N. O. § 9 auch ſeine Unterſchrift.

[2] c. 8 cit. § 1 b At cum humana fragilitas — quam tabularii. Auch in dieſem Fall wird hier nur die Unterſiegelung des Notars gefordert, in der N. O. § 9 auch ſeine Unterſchrift.

[3] Glück a. a. O. S. 36.

[4] c. 31 C. de testam. (6. 23). N. O. a. a. O. § 2. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 42 S. 245 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 170 Anm. 15, Windſcheid, Pand. § 544 sub 3.

[5] Die c. 31 cit. pr. ſpricht von Teſtamenten der homines rustici oder rusticani. Zu ihnen zählen auch die Städter, welche in die Lage kommen, auf dem Lande ein ſchriftliches Teſtament zu machen. Das Geſetz knüpft ſein Privilegium nicht an einen gewiſſen Stand, ſondern an die loci, in quibus raro inveniuntur homines litterati, die des Schreibens kundig ſind. Die N. O § 2, die nur das römiſche Recht wiederholen will, ſagt: „auf dem Gau, wo Bauersleute Teſtament machten."

Zeugen überhaupt nicht aufzufinden[1], ſo genügt die Zuziehung von ſieben im Nothfall von fünf Zeugen ohne subscriptio, ſofern alle ſonſtigen Solennitäten des ſchriftlichen Teſtaments (signatio testium, Unterſchrift des Teſtators, unitas actus u. ſ. w.) beobachtet werden[2]; b) ſind unter den ſieben oder fünf zugezogenen Zeugen einige oder doch einer des Schreibens kundig, ſo kann die subscriptio testium in der Weiſe ſtattfinden, daß die ſchreibenskundigen Zeugen für die ſchreibensunkundigen in deren Gegenwart mitunterſchreiben, wenn allen Zeugen der Inhalt des Teſtaments bekannt gemacht iſt, und ſie ihn nach dem Ableben des Teſtators eidlich bekräftigen[3]. Die Unmöglichkeit, ſchreibunkundige Zeugen in der an ſich erforderlichen Zahl herbeizuſchaffen, wird bis zum Beweiſe des Gegentheils präſumirt[4]. Für das mündliche auf dem Lande errichtete Teſtament giebt es keine Privilegien[5].

---

[1] Für den Fall, wo ſie zu haben ſind, beſtimmt c. 31 cit. § 2 . . ubi scientes litteras inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium convocari necesse est, adhibeantur, et unusquisque pro sua persona subscribat.

[2] c. 31 cit. § 2 . . . Ubi autem non inveniuntur litterati, septem testes et sine scriptura testimonium adhibentes admitti. § 3. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus, minus autem nullo modo concedimus.

[3] c. 31 cit. § 4. Si vero unus aut duo vel plures scierint litteras, liceat his pro ignorantibus litteras, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem . . . et hoc post mortem testatoris iurati deponant. Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 62. Die Praxis hält es für genügend, wenn der Namen des ſchreibunkundigen Zeugen durch einen Notar, ſtatt durch einen Mitzeugen beigefügt wird, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 203 sub 2.

[4] Mühlenbruch a. a. O. S. 260 ff., Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 203 sub 1, A. M. Windſcheid a. a. O. Note 8: er fordert von dem, der ſich auf das Teſtament beruft, den Beweis, daß die Beobachtung der regelmäßigen Teſtamentsform unmöglich geweſen ſei.

[5] Die c. 31 cit. ſpricht, wie ihr Wortlaut in den vorſtehenden Citaten zeigt, nur vom ſchriftlichen Teſtament und ſagt in § 5: Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo legum subtilitate remissa firmum validumque consistat.

II. Das s. g. testamentum parentum inter liberos[1] d. i. ein Testament, welches Ascendenten ausschließlich hinsichtlich ihrer Descendenten machen. Es kann schriftlich und mündlich in privilegirter Form errichtet werden[2].

a) Schriftlich genügt nach römischem Recht eine Urkunde, in welcher der Testator das Datum der Abfassung, die Namen der Descendenten und die ihnen zugewiesenen Sachen oder Erbtheile, diese in Worten nicht mit Zahlzeichen, eigenhändig geschrieben hat[3]. Sonstiger Förmlichkeiten, namentlich der Zuziehung von

---

Wenn die N. O. § 2 schlechthin, ohne zwischen schriftlichem und mündlichem Testament zu unterscheiden, sagt: „auf dem Gau, wo Bauersleute Testament machten, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, auf's mindst fünf Zeugen", so kommt das nicht in Betracht, weil sie das römische Recht nicht abändern, sondern nur wiederholen will. Die herrschende Doctrin nimmt gleichwohl an, daß auch ein mündliches Testament auf dem Lande im Nothfall vor fünf Zeugen errichtet werden könne, vgl. über diese und sonstige Streitfragen die S. 446 in Note 4 citirten Schriftsteller.

[1] c. 21 § 3 C. de testam. (6. 23). Nov. 107, c. 1. 2. N. O. a. a. O. § 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 151 ff., Sintenis a. a. O. § 170 sub E, Fritz, Versuch einer histor. dogm. Darstellung der Lehre vom Testament, welches Eltern unter ihren Kindern errichten (1822), Strippelmann, Entsch. d. O. A. G. zu Cassel IV S. 21 ff., Windscheid a. a. O. sub 4.

[2] c. 21 § 3 cit. Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.

[3] Nov. 107 c. 1 . . . volumus, si quis litteras sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius praescriptione tempus denotet, deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistant. Zu dieser Stelle ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken: a) „filii" sind väterliche wie mütterliche Descendenten jeden Grades, die zur Intestaterbfolge berufen werden können l. 122, 201, 220, § 3 D. de V. S. (50. 16); zu ihnen zählen also auch die vom Vater legitimirten und adoptirten, aber nicht seine unehelichen Kinder, wohl aber die unehelichen Kinder der Mutter und die von ihr in solatium liberorum amissorum adoptirten Kinder. Nov. 107 praef . . . non in patribus solum hoc disponens, sed etiam in matribus et ascendentibus utriusquae naturae. Mühlenbruch a. a. O. 171 ff.; b) in den Worten primum quidem . . . tempus denotet

Zeugen, der Unterſchrift des Teſtators[1], der Vorleſung und Genehmigung des Teſtaments[2] bedarf es nicht, gleichviel welche letztwilligen Verfügungen bezüglich der Deſcendenten getroffen werden, ob Erbeinſetzungen, Subſtitutionen, Enterbungen, Vormundsernennungen, Vermächtniſſe u. ſ. w.[3]. Aber Erbeinſetzungen fremder Perſonen ſind nichtig[4], und Vermächtniſſe an fremde Perſonen nur gültig, wenn neben der eigenhändigen Anordnung noch vom Teſtator vor Zeugen erklärt iſt, daß alles, was in der Urkunde enthalten, von ihm ſelbſt geſchrieben ſei und Geltung haben ſolle[5]. Der Widerruf dieſes privilegirten Teſtaments kann nur durch Zer-

---

ſoll durch „primum“ nicht vorgeſchrieben werden, daß die Zeitangabe an den Anfang der Urkunde zu ſetzen ſei, dieſe Worte wollen nur bei Aufzählung der verſchiedenen Erforderniſſe der in Rede ſtehenden letztwilligen Verfügung die Zeitangabe als erſtes anführen, es kann alſo das Datum auch am Schluß des Teſtaments angegeben werden, Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 69; c) der Angabe der „nomina“ filiorum ſteht eine jeden Zweifel ausſchließende, vom Erblaſſer ſelbſt geſchriebene Bezeichnung der Kinder gleich, Seuffert a. a. O. Nr. 68; d) die Feſtſetzung des „unciae“ in Buchſtaben iſt natürlich nur erforderlich, wo ſie nicht ſchon von ſelbſt beſtimmt ſind, weil die Kinder nach den Grundſätzen der Inteſtaterbfolge erben ſollen oder sine parte eingeſetzt ſind, Seuffert a. a. O. Nr. 71.

[1] Mühlenbruch a. a. O. S. 184, Windſcheid a. a. O. Note 11, A. M. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 72 sub 4, weil nach heutigem Recht zur Vollendung einer Privaturkunde die Unterſchrift erforderlich ſei, R.C.P.O. § 381, 405.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 261. Seuffert, Arch. Bd. 26 Nr. 250.

[3] Nov. 107 c. 1 . . . Si vero — derelinquant.

[4] c. 21 cit. § 3a . . . pro nullo habèri, sed liberis accrescere.

[5] Nov. 107 c. 1 . . . Si tamen aut uxori — sint firma. In dieſem Satze heißt es: et haec propria scripta manu dictaque a testatoribus coram testibus. Die Zahl der Zeugen iſt nicht vorgeſchrieben, deshalb genügen zwei Beweiszeugen: ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient, l. 12 D. de testib. (22. 5), Windſcheid a. a. O. Note 13. Dies iſt aber nicht unbeſtritten; manche Juriſten fordern die überhaupt für Teſtamente erforderliche Anzahl von ſieben Solennitätszeugen, andere die der Regel nach für Vermächtniſſe erforderlichen fünf Codicillarzeugen, Mühlenbruch a. a. O. S. 213 ff., S. 226 ff., Fein in Glück's Comment. Bd. 45 S. 78, Dernburg a. a. O.

deputation, die sich zum Testator auf dessen Ersuchen begiebt (s. g. testamentum apud acta conditum); 2) durch die mündliche Erklärung des Testators, daß die dem Gericht oder der Gerichtsdeputation vorgelegte verschlossene oder unverschlossene Urkunde seinen letzten Willen enthalte, und Aufnahme eines Protokolls über diese Erklärung (s. g. testamentum iudici oblatum)[1]. Die Erklärung des Testators, mit welcher der Act der Testamentserrichtung beginnt, darf in beiden Fällen nur mündlich, nicht schriftlich, und nur in eigener Person, nicht durch einen Stellvertreter abgegeben werden[2], und das Protokoll über diese Erklärung muß die für richterliche Beglaubigungen erforderliche Form haben[3]. Die Aufnahme desselben kann nicht bloß der Richter des Domicils des Erblassers vornehmen, sondern jeder Richter, der Civilgerichtsbarkeit hat[4], jedoch selbstverständlich nur innerhalb seines Gerichtssprengels[5], und nur in conspectu testatoris[6]. Der Unterschrift des Testators[7] und der Datirung des Protokolls bedarf es nicht[8], aber unitas actus ist auch ein Erforderniß des gerichtlichen Testaments[9]. Mit der Vorlesung und Genehmigung des Protokolls schließt der Act der Testamentserrichtung[10]. Die übliche Ueber-

---

[1] Glück a. a. O. S. 188—190, S. 204 sub 3, Sintenis a. a. O. sub A. I. Bloße gerichtliche Deposition einer den letzten Willen enthaltenden Urkunde ist keine Testamentsform, Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 38 S. 303 ff.

[2] S. oben S. 434 Note 1.

[3] Glück a. a. O. S. 211 ff., Buchka u. Budde a. a. O. S. 234 ff. Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 60.

[4] Glück a. a. O. S. 203.

[5] nam si excesserit, privatus est. Glück a. a. O. S. 206 ff.

[6] Vgl. S. 439 Note 3. Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 45.

[7] Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 231.

[8] Seuffert a. a. O. Bd. 39 Nr. 117.

[9] Frank, Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 6 S. 374 ff., Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 45, Bd. 19 Nr. 102. Abweichend Dernburg, Pand. Bd. 3 § 71 Note 4, Seuffert Arch. Bd. 24 Nr. 127.

[10] Seuffert a. a. O. Bd. 13 Nr. 45 (S. 60), Bd. 6 Nr. 266, Bd. 16 Nr. 231. Es gibt Gerichte, welche die Vorlesung und Genehmigung als nicht erforderlich erachten, Seuffert a. a. O. Bd. 9 Nr. 308, Bd. 5 Nr. 194.

gabe des Teſtaments zu gerichtlichem Depoſitum iſt nicht nothwendig: ſie gehört nicht zum Act der Teſtamentserrichtung[1]. Deshalb bewirkt auch die Zurücknahme aus dem gerichtlichen Depoſitum keine Aufhebung des Teſtaments, ſo lange die Urkunde die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung an ſich trägt, gleichviel ob ſie ein testamentum apud acta conditum oder iudici oblatum iſt[2].

Wird ein testamentum iudici oblatum von einem Blinden errichtet, ſo muß dem Teſtator die von ihm übergebene Urkunde, um die Identität zu prüfen, vorgeleſen und das Vorgeleſene von ihm als ſein letzter Wille anerkannt werden[3]. Wird es von einem Schreibensunkundigen errichtet, ſo iſt dies nicht erforderlich[4].

II. Das Teſtament vor dem Landesherrn (ſ. g. testamentum principi oblatum) wird errichtet durch Ueberreichung einer Urkunde, in welcher der Teſtator ſeinen letzten Willen zur Kenntniß des Landesherrn bringt, ohne weitere Förmlichkeiten[5]. Bei der Seltenheit dieſer Teſtamentsform hat ſich kein beſtimmter gemeinrechtlicher Modus für jene Uebergabe des letzten Willens ausgebildet[6].

---

[1] Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 38 S. 302 ff., Sintenis a. a. O. Anm. 6 u. 7, Windſcheid, Pand. § 545 Note 4; a. M. Brinz a. a. O. Note 35.

[2] Glück a. a. O. Bd. 34 S. 218 ff., Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 302 ff., Sintenis a. a. O., v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 460 sub III. 2 a. E., Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 46.

[3] Glück a. a. O. Bd. 34 S. 37, 38, Seuffert a. a. O. Bd. 1 Nr. 355. Vgl. § 70 sub II.

[4] Glück a. a. O. S. 47 ff., v. Holzſchuher, Theor. u. Caſuiſt. d. gem. R. Bd. 2 § 143 Nr. 7, Seuffert a. a. O. Bd. 8 Nr. 273, Bd. 21 Nr. 242. Vgl. § 70 sub I.

[5] c. 19 C. de testam. (6. 23). Glück a. a. O. Bd. 34 S. 154 ff., S. 165 ff., S. 178 ff.

[6] Sintenis a. a. O. § 168 a. E. u. Anm. 9.

C. Inhalt.

1. Allgemeine Grundsätze.

§ 73.

Das Testament hat die Bestimmung, dem Menschen zur Verwirklichung seiner theuersten Interessen zu dienen für die Zeit, wo sie nur noch das Wohl Anderer zum Gegenstande haben können: neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem[1]. Es soll ihm nach seinem Tode für die Personen, die ihm im Leben am nächsten standen, eine liebevolle, uneigennützige und gerechte Fürsorge ermöglichen, soweit sie sich derselben nicht unwürdig gemacht haben[2]. Mit dieser Bestimmung, welche die strenge Aufrechterhaltung des wahren Willens des Testators und Schutz gegen die Gefahren der Fälschung fordert[3], darf sich der Inhalt des Testaments und die rechtliche Beurtheilung desselben nicht in Widerspruch setzen. Demgemäß müssen folgende allgemeine Grundsätze auf alle Geschäfte für die Errichtung eines letzten Willens, also auch auf das Codicill und das s. g. Oralfideicommiß Anwendung finden.

I. Die Verfügungen des Testators haben keinen Bestand, wenn sein Wille nicht aus seiner Erklärung entnommen werden kann[4]. Aber bei zweideutiger und selbst bei falscher Ausdrucksweise geht den Worten der Wille vor, wo er sich durch Auslegung feststellen läßt[5]. Diese Auslegung muß bei letztwilligen Zuwen-

[1] Vgl. Quinctil. Declam. 308. Cicero Tusc. disp. I. c. 14 . . . Beide Stellen sind abgedruckt S. 420 Note 5.

[2] Vgl. Seneca de benefic. IV. c. 11, abgedruckt S. 433 Note 3.

[3] Vgl. Cicero Philipp. II. c. 42 (S. 420 Note 5). Quinctil. l. c. Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet et cum omne ius nobis in id permittatur, auferatur morientibus.

[4] l. 73 § 3 D. de R. I. (50. 17). Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent. l. 2 D. de his quae pro non script. hab. (34. 8).

[5] c. 3 C. de lib praet. (6, 28) . . . Cum enim manifestissimus est sensus testatatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat. l. 69 pr. § 1 D. de legat (32), l. 35 § 3 D. de her. inst. (28. 5). l. 24 D. de reb. dub. (34. 5) Cum in testamento am-

dungen eine interpretatio benigna ſein[1], während Enterbungen nicht zu begünſtigen ſind[2]. Laſſen die Worte keine mehrfache Deutung zu, ſo kann auch der nach dem Wortverſtand durch ſie ausgedrückte Sinn nicht in Frage gezogen werden[3]. Hier läßt ſich die Verfügung nur durch den Nachweis entkräften, daß es bei ihr

---

bigue aut etiam perperam scriptum est . . . id, quod credibile est cogitatum, credendum est. Die Auslegung der fraglichen Stellen des Teſtaments iſt lediglich Gegenſtand der richterlichen Beurtheilung, nicht des Beweisverfahrens, Seuffert Bd. 3 Nr. 181. Das von einer Partei beantragte Beweisverfahren über eine von ihr auf die Abſicht des Teſtators geſtützte Auslegung, die ſich nach den Interpretationsregeln und nach dem übrigen Inhalt des Teſtaments nicht rechtfertigt, iſt nur zuläſſig, wenn ſie für jene Abſicht außer dem letzten Willen liegende Thatſachen angeführt hat, die zum Beweiſe verſtellt werden können: beſtimmte Aeußerungen des Teſtators, l. 21 § 1 D. qui test. fac. (28. 1), oder ſonſtige relevante factiſche Umſtände, c. 16 § 1 C. de fideic. (6. 42) . . . voluntas magis quam verba plerumque intuenda sunt, si quas pro rei veritate praeterea probationes habes ad commendandam hanc voluntatem, quam fuisse adseveras. Vgl. l. 63 § 1 D. de hered. inst. (28. 5), l. 30 D. de testam. tut. (26. 2) c. 1 C. de falsa causa adiect. (6. 44). Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 163, Bd. 5 Nr. 196, Bd. 7 Nr. 67, Bd. 9 Nr. 182, Bd. 17 Nr. 163, Bd. 18 Nr. 59.

[1] l. 12 D. de R. I. (50. 17). In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur. l. 192 § 1 D. eod. In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. l. 3 D. de his quae in testam. del. (28. 4). l. 67 D. de H. I. (28. 5), l. 27 § 1 D. eod., l. 12 § 2 D. de usu (7. 8) . . . neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum. l. 24 D. de reb. dub. (34. 5) Cum in testamentis ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. (Mommſen will leſen: benigne interpretandum et id quod — credendum est). Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 141.

[2] l. 19 D. de lib. et post. (28. 2) . . . institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adiuvandae.

[3] l. 25 § 1 D. de legat. (32) Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Vgl. über die Anwendung dieſer Interpretationsregeln Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 222, Bd. 28 Nr. 143, insbeſondere über die Bedeutung des Ausdrucks „Kinder" und „nächſte Verwandte" in letztwilligen Verfügungen, Seuffert, Arch. Bd. 22 Nr. 110, Bd. 25 Nr. 38, Bd. 31 Nr. 47, 48, Bd. 35 Nr. 298, Bd. 40 Nr. 28, und über den Ausdruck „Erbe", Seuffert, Arch. Bd. 33 Nr. 140.

an der Uebereinstimmung zwischen Willen und Erklärung fehlt[1], oder daß sie dem Willen des Testators nicht entspricht, weil sie unvollständig oder unächt ist, oder nicht auf freier Selbstbestimmung beruht, oder weil die Voraussetzung ermangelt, unter welcher sie gemacht ist.

1) Hat der Testator etwas anderes erklärt, als er gewollt hat, so gilt das Erklärte nicht, weil es nicht gewollt ist, und das Gewollte nicht, weil es nicht erklärt ist[2]. Wo er seiner Verfügung eine erweislich nicht gewollte Bedingung hinzugefügt hat, gilt sie also als unbedingte[3], und wo er in seiner Verfügung dem Honorirten eine größere Quote zuwandte, als er wollte, gilt die erweislich gewollte Zuwendung, weil die Erklärung des Minus in der Erklärung des Plus enthalten ist[4]. Wandte er ihm eine kleinere Quote zu, als er wollte, so ist zwar in der Erklärung des Minus die Erklärung des Plus nicht enthalten, aber es gilt gleichwohl die erweislich gewollte Zuwendung[5]: cum in testamentis ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est[6]. Ebenso bleiben unschädlich irrige Bezeichnungen durch falsche nomina propria[7] und durch falsche Beschreibung (demonstratio) von Personen oder Sachen, wenn der Wille des Erblassers unzweifelhaft ist[8]; dagegen bei irrigen Bezeichnungen durch falsche nomina appellativa ist die Verfügung ungültig,

---

[1] Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 31.

[2] l. 3 D. de reb. dub. (34. 5).

[3] l. 9 § 5, 6 D. de H. I. (28. 5).

[4] l. 9 § 3, 4 D. eod.

[5] l. 9 § 2 D. eod.

[6] Vgl. S. 463 Note 1.

[7] § 29 I. de legat. (2. 20), l. 4 pr. D. de legat. (30), c. 4 C. de testam. (6. 23), c. 7 § 1 C. de legat. (6. 37). Ueber den Fall, wo der Testator sich in seinem eigenen Namen geirrt hat, c. 14 C. de H. I. (6. 24).

[8] Falsa demonstratio non nocet, § 30 I. de legat. (2. 20), l. 49 § 3 D. de H. I. (28. 5), c. 5 C. de falsa causa adiect. (6. 44), l. 17 pr. § 1, l. 33 pr. D. de cond. et dem. (35. 1). l. 34 pr. D. eod. . . . nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur.

ſoweit es an der Uebereinſtimmung zwiſchen Willen und Erklärung fehlt[1]. Dieſe Ungültigkeit iſt Nichtigkeit[2].

2) Entſpricht die Verfügung dem Willen des Teſtators nicht, weil es an der vollſtändigen Erklärung desſelben fehlt, ſo bewirkt nach allgemeinen Grundſätzen auch dieſer Mangel ihre Nichtigkeit. So, wenn er ſeine Verfügung unbedingt ausgedrückt hat, während er erweislich eine bedingte Verfügung treffen wollte, oder wenn er in der Erbeinſetzung oder in einer anderen Honorirung den Namen des Honorirten nachzutragen verſäumte[3]. So auch, wenn er zwar die getroffenen Verfügungen vollſtändig erklärt hat, dieſe aber erweislich nach ſeinem Beerbungsplan ſeinen letzten Willen nicht erſchöpfen; hier ſchließt die Unvollſtändigkeit die Exiſtenz des ganzen Teſtamentes aus[4]. Anders verhält es ſich ſelbſtverſtändlich bei dem Nachweiſe, daß der Teſtator die urſprüngliche Abſicht, ſeiner Verfügung eine Bedingung[5], oder noch anderweitige Dispoſitionen hinzuzufügen, nachträglich aufgegeben hat[6].

3) Unächt und aus dieſem Grunde nichtig iſt eine letztwillige Verfügung, wenn ſie nicht vom Erblaſſer herrührt, alſo gefälſcht

---

[1] l. 4 pr. D. pr. D. de legat. (30) . . . rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. l. 7 § 2 D. de suppell. leg. (33. 10) . . . non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.

[2] Vgl. die oben § 8 entwickelten Grundſätze, nach welchen z. B. auch beim Irrthum über die Perſon des Erben oder über den Gegenſtand eines Vermächtniſſes die Verfügung wegen unabſichtlicher Nichtübereinſtimmung zwiſchen Willen und Erklärung nichtig iſt, l. 9 pr. § 1 D. de H. I. (28. 5) l. 2 § 7 D. de b. p. s. t. (37. 11), ebenſo wegen abſichtlicher Nichtübereinſtimmung zwiſchen Willen und Erklärung im Fall der Simulation, Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 28.

[3] l. 9 § 9 D. de H. I. (28. 5).

[4] l. 25 D. qui test. fac. (28. 1), l. 29 pr. D. eod., l. 11 § 1 D. de legat. (32).

[5] c. 9 (8) pr. C. de inst. v. subst. (6. 25).

[6] l. 25 D. qui test. fac. (28. 1) . . . Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret voluisse plures eum, qut testamentum fecisset, heredes pronuntiare. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 38 S. 413 ff., v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 433 Anm. 1 sub I. 4 u. II., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 171 Anm. 46.

ist[1]. Um der Gefahr der Fälschung vorzubeugen, stellt das SC. Libonianum[2] die Vorschrift auf: alle Verfügungen[3] zu Gunsten des Schreibers[4] des letzten Willens gelten pro non scriptis[5], soweit sie ihm zum Vortheil gereichen[6]. Diese Vorschrift, die nicht bloß für Privattestamente, sondern auch für die Niederschrift des s. g. testam. apud acta conditum (§ 72) durch den Richter und Gerichtsschreiber[7] und für formlose letztwillige Verfügungen[8] Geltung hat, wird selbst durch den Nachweis des Schreibers nicht außer Anwendung gesetzt, daß die zu seinen Gunsten getroffene Disposition dem Willen des Erblassers entspreche, insbesondere auch nicht durch den Nachweis, daß der Erblasser sie ihm in die

[1] l. 201 D. de R. I. (50. 17), l. 6 pr. D. de lege Cornel. (48. 10).

[2] D. 48. 10 de lege Cornelia de falsis et de S. C. Liboniano. C. 9. 23 de his qui sibi adscribunt in testamento. v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 433 Anm. 2, Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 171 Anm. 18 ff., Windscheid, Pand. § 546 sub 2.

[3] Nicht blos Erbeinsetzungen und Enterbungen: l. 6 § 1, 2, l. 22 § 6, 7, 11 D. t. c. (48. 10) c. 6 C. t. c. (9. 23).

[4] Verfügungen zu Gunsten von Personen, die dem Schreiber nahe stehen, z. B. zu Gunsten seiner Mutter, Ehefrau ꝛc. unterliegen dem S. C. nicht, l. 11 § 1, l. 18 pr., l. 22 § 2 D. t. c. (48. 10). Nach heutigem Recht auch nicht Verfügungen zu Gunsten des Kindes, welches der Schreiber in der Gewalt hat, des Vaters, in dessen Gewalt er steht und der Geschwister, welche mit ihm in der Gewalt desselben Vaters stehen, wohl aber nach classischem römischem Recht, weil sie nach ihm dem Schreiber selbst zum Vortheil gereichten. l. 10 pr., l. 11 pr. l. 14 pr. D. t. c. (48. 10)

[5] l. 14 § 1 D. t. c. (48. 10), l. 1 D. de his quae pro non scriptis hab. (34. 8). Nach einem Edict von Claudius trafen den Schreiber auch die heute anliquirten Strafen der lex Cornelia de falsis, l. 15 pr. D. t. c. (48. 10), c. 3 C. t. c. (9. 23), l. 6 pr. D. t. c. (48. 10).

[6] Substitutionen und fideicommissarische Restitutionen sind daher gültig; ebenso bleibt das Vermächtniß, welches dem Schreiber und einem Dritten gemeinschaftlich zugewendet ist, in Bezug auf den Dritten wirksam, l. 14 § 1, 2, l. 17 D. t. c. (48. 10), l. 5 D. De his quae pro non script. hab. (34. 8).

[7] Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 255, Bd. 11 Nr. 54, Bd. 17 Nr. 260.

[8] arg. l. 15 § 3 D. de test. milit. (29. 1), l. 5 D. de his quae pro non scripto hab. (34. 8): nach diesen Stellen galt das S. C. Libonianum auch für das formlos errichtete Soldatentestament (§ 71 sub IV). Seuffert, Arch. Bd. 35 Nr. 224 Abs. 2.

Feder dictirt hat[1]. Sie erleidet nur eine Ausnahme, wenn der Erblaſſer die Verfügung ſpeciell durch ſeine Unterſchrift beſtätigt hat[2], oder der Schreiber ſein einziger Inteſtaterbe iſt[3].

4) Schließt das Motiv der letztwilligen Verfügung die freie Selbſtbeſtimmung des Erblaſſers aus, weil ſie durch Zwang (metus) oder Betrug (dolus) veranlaßt worden iſt, ſo begründet dieſer Umſtand, wie bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden, Anfechtbarkeit der Dispoſition[4], keine Nichtigkeit[5] und keine Indignität[6]. Die

---

[1] c. 2. 3 C. t. c. (9. 23).

[2] l. 1 § 8 D. t. c. (48. 10) . . . si specialiter subscriptio facta est: quod illi dictavi et recognovi . . . l. 15 § 1 D. eod. . . . si testator specialiter subscriptione sua declaraverit dictasse servo alicuius, ut domino eius legatum ab heredibus suis daretur, id valere, nec generalem subscriptionem testatoris valere adversus senatus consulti auctoritatem . . . l. 15 § 3 D. eod. . . . si tamen accedat domini auctoritas subscribentis se ea dictasse et recognovisse: videri enim ait ipsius domini manu scripta, cuius voluntate ea scripta sunt. cf. 6 C. t. c. (9. 23) . . . cum proponas dominum non subscripsisse et suis litteris tuam libertatem expressim agnovisse, ad impetrandam libertatem senatus consulti auctoritas tibi obest . . c. 2 § 1 C. eod. Quod si testamentum dictasse codicillis significavit, legato quidem vel fideicommisso abstinere debes . . . Sintenis a. a. O. Anm. 18, Seuffert, Arch. Bd. 35 Nr. 224.

[3] c. 1 C. h. t. (9. 23.)

[4] c. 1 C. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit (6, 34) Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel quoslibet alios quos noluerit scripserit. Dies iſt die einzige Stelle, welche von einem erzwungenen letzten Willen handelt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier die civilis disceptatio auf die Anfechtung durch die gewöhnlichen Rechtsmittel wegen metus zu beziehen iſt: actio und exceptio quod metus causa und i. i. restitutio propter metum. Puchta, Pand. und Vorl. § 472, Sintenis a. a. O. § 171 Anm. 53b, Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 120. Abweichend v. Bangerow, Pand. § 431 Anm. 1 sub 2 u. Anm. 3 sub 2, der ſich zwar für die bloße Anfechtbarkeit der erzwungenen Verfügungen erklärt, dagegen die durch Betrug veranlaßten Verfügungen ſchon ex capite erroris für nichtig hält. Windſcheid, Pand. § 548 Note 2 und 17 nimmt in beiden Fällen Anfechtbarkeit an, will aber dieſe nicht auf die Vorſchriften des prätoriſchen Edicts, ſondern auf die Grundſätze der Vorausſetzung ſtützen.

Rechtsmittel wegen metus und dolus stehen demjenigen zu, der durch die Verfügung beeinträchtigt worden ist, mag sie zu Gunsten

---

[a] Nichtigkeit behaupten Glück, Comment. Bd. 33 S. 426 ff., Mühlenbruch ebendaselbst Bd. 43 S. 485 ff., S. 491 ff., Arndts, Pand. § 491 Anm. 2, Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 377 Note 5, Schliemann, Lehre vom Zwange S. 80 ff. Auf l. 2 § 7 D. de b. p. s. t. (37. 11) und auf l. 20 § 10 D. qui test. fac. poss. (28. 1) darf man sich nicht für die Nichtigkeit berufen. Die erste Stelle spricht von Nichtigkeit einer Erbeinsetzung wegen Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung (S. 465 Note 2), die zweite von der Nichtigkeit eines vor unfreiwilligen Zeugen errichteten Testamentes (S. 436 Note 3). Schloßmann, Lehre vom Zwange S. 48 ff. sucht im Widerspruch mit der in der vorigen Note citirten c. 1 C. (6. 34) die Ansicht zu begründen, der erzwungene letzte Wille sei weder nichtig noch anfechtbar.

[b] Aeltere Juristen geben aus der durch Zwang oder Betrug veranlaßten Verfügung dem Fiscus das Recht der Ereption wegen Unwürdigkeit des Bedachten. Man übertrug die Indignität einer Person, welche den Erblasser an der Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens hindert (S. 469 Note 3), auf den in Rede stehenden durchaus verschiedenen Fall. Hier steht fest, welche Personen ohne den Zwang oder Betrug an dem Nachlaß participirt hätten, deshalb darf hier das Anfechtungsrecht dieser Personen nicht durch die Ereption des Fiscus ausgeschlossen werden; dort dagegen weiß man nicht, wen der Erblasser bedacht hätte, wenn er an der Errichtung des letzten Willens nicht gehindert wäre, deshalb rechtfertigt sich in diesem Fall die Indignität, weil es keine Personen gibt, denen Anfechtungsrechte zustehen könnten; vgl. Glück a. a. O. Bd. 33 S. 427 ff., v. Bangerow, Pand. § 431 S. 89.

Neuere Juristen, welche Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der durch Zwang oder Betrug veranlaßten Verfügung annehmen, wollen doch zugleich aus den Vorschriften über die Verhinderung des Erblassers an der Errichtung oder Aenderung seines letzten Willens den Schluß gezogen wissen, es müßte dem Zwingenden oder Betrüger das, was er ohne die durch Zwang oder Betrug veranlaßte Verfügung von der Erbschaft erhalten haben würde, wegen Indignität vom Fiscus entrissen werden; so namentlich Puchta, Pand. u. Vorl. § 472, v. Bangerow a. a. O. Anm. 1 sub 2 a. E. und Windscheid, Pand. § 548 Anm. 3. 4. M. E. ist es unzulässig, aus einer für einen andern Fall aufgestellten Strafbestimmung eine solche Schlußfolgerung zu ziehen, vgl. Glück a. a. O. Bd. 33 S. 432 ff. Das römische Recht knüpft die Indignität lediglich an den Fall, wenn Jemand den Erblasser zwangsweise oder sonst absichtlich an der Errichtung oder Aenderung seines letzten Willens gehindert hat, s. oben § 18 S. 148 sub 7 u. S. 154 in der Note.

des Zwingenden bzw. des Betrügers oder zu Gunſten eines Dritten errichtet ſein. Nachträgliche Genehmigung des Erblaſſers[1] macht die erzwungene oder durch Betrug veranlaßte Verfügung unanfechtbar[2].

Beſondere Grundſätze gelten für den Fall, wo der Erblaſſer zwangsweiſe oder ſonſt abſichtlich an der Errichtung oder Veränderung ſeines letzten Willens verhindert worden iſt. Hier bewirkt dieſe unerlaubte Handlung nur Indignität für den Verhindernden[3]: was er in Folge der Verhinderung erhält, wird ihm vom Fiscus entriſſen, aber cum onere, ſo daß der Fiscus die auf den bona ereptoria laſtenden Vermächtniſſe an dritte unſchuldige Perſonen leiſten muß[4], ſofern nicht eine ademtio legati vorliegt[5]. Anfechtungsrechte für die Perſonen, die in dem vereitelten letzten Willen bedacht werden ſollten, können nicht entſtehen, auch wenn der Erblaſſer ſich über das, was er ihnen zuwenden wollte, erklärt hat. Dieſe Erklärung iſt kein letzter Wille, der einen Anſpruch an den Nachlaß erzeugt. Jenen Perſonen kann alſo nur eine Entſchädigungsklage (actio doli) gegen den zuſtehen, der den letzten Willen verhinderte, ſofern ſie zu beweiſen

---

[1] Sie erfolgt ſtillſchweigend, wenn der Erblaſſer, während er die Möglichkeit hatte, die Verfügung durch eine andere aufzuheben, dies unterläßt, Schloßmann a. a. O. S. 58 ff.

[2] Windſcheid, Pand. § 548 Note 5. Die Juriſten, welche bei Zwang und Betrug Nichtigkeit der Verfügung annehmen, fordern demgemäß eine neue Verfügung in der vorgeſchriebenen Form, Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 490 ff., Schliemann a. a. O. S. 140 ff.

[3] l. 1. 2 D. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit (29. 6). c. 2 C. h. t. (6. 34), l. 19 D. de his quae ut indignis aufer. (34. 9). Mühlenbruch a. a. O. S. 479 ff.

[4] l. 16 § 2 D. t. c. (34. 9), l. 60 § 1 D. d. cond. et dem. (35. 1), l. 14 D. de iure fisci (49. 14), l. 3. § 5 D. ad S. C. Treb. (36. 1).

[5] Eine ſolche muß ſupponirt werden in l. 19 D. de his, quae ut ind. auf. (34. 9), v. Bangerow, Pand. § 431 Anm. 1 sub 1 a. E., Mühlenbruch a. a. O. S. 483.

im Stande ſind, daß ſie und mit wie viel ſie in demſelben honorirt werden ſollten[1].

Motive einer letztwilligen Verfügung, welche die freie Selbſtbeſtimmung des Erblaſſers nicht aufheben[2], liegen, ſofern ſie ſich auch mit dem Weſen des letzten Willens nicht in Widerſpruch ſetzen[3], außerhalb der Rechtsſphäre[4]: bloßes Zureden ohne Zwang und der Irrthum im Motive, der nicht durch Betrug hervorgerufen iſt, afficiren daher die Gültigkeit der Verfügung ebenſowenig[5], wie das abſichtlich hinzugefügte falſche Motiv[6].

5) Mit dem Motiv der Verfügung iſt nicht zu verwechſeln die Vorausſetzung der Verfügung, die in den Quellen bald ebenfalls durch causa, bald durch conditio bezeichnet wird[7]. Sie

---

[1] Mühlenbruch a. a. O. S. 484, v. Bangerow § 431 Anm. 1 sub 1, Windſcheid, Pand. § 548 Note 9 sub b a. E.

[2] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 195.

[3] S. unten S. 473 sub II.

[4] l. 72 § 6 D. de cond. et dem. (35. 1) . . . ratio legandi legato non cohaeret . .

[5] l. 3 D. si quis aliquem testari prohib. v. coeg. (29. 6). Virum, qui non per vim nec dolum, quominus uxor, contra eum mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed ut fieri adsolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei quod testamento fuerat datum auferendum, c. 3 C. h. t. (6. 34). Vgl. Glück, Comment. Bd. 33 S. 433 und Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 120.

[6] Falsa causa non nocet: § 31 I. de legat. (2. 20), l. 17 § 2 D. de cond. et dem. (35. 1). Quod autem iuris est in falsa demonstratione (S. 464 Note 8), hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita „Titio fundum do, quia negotia mea curavit", item „fundum Titius filius meus praecipito, quia frater eius ipse ex arca tot aureos sumpsit": licet enim frater huius pecuniam ex arca non sumpsit, utile legatum est. § 3. At si conditionaliter concepta sit causa, veluti hoc modo: „Titio si negotia mea curavit, fundum do": „Titius fitius meus, si frater eius centum ex arca sumpsit, fundum praecipito", ita utile erit legatum, si et ille negotia curavit et huius frater centum ex arca sumpsit. l. 72 § 6 D. eod.

[7] l. 75 § 2 D. de legat. (30) . . . inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest. l. 23 pr. § 3. 4 D. de cond. ind. (12. 6). l. 2 § 7, l. 3 D. de donat. (39. 5), l. 8 § 7 D. de cond. inst. (28. 7), c. 1 C. de his quae sub modo (6. 45).

beſteht in einer vergangenen, gegenwärtigen oder zukünftigen Thatſache, von welcher durch den Willen des Erblaſſers oder nach Rechtsvorſchrift ausdrücklich oder ſtillſchweigend der obligatoriſche Anſpruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkungen der Verfügung für den durch die Verfügung Beeinträchtigten abhängig gemacht iſt. Dieſe Thatſache kann auch die Thatſache ſein, welche das Motiv der Verfügung bildet, weil der Erblaſſer das Motiv zugleich als Vorausſetzung aufgeſtellt hat. Der von ihr abhängige obligatoriſche Anſpruch auf Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkungen der Verfügung wird je nach Umſtänden durch exceptio doli oder durch condictio sine causa geltend gemacht[1]. Eine Vorausſetzung iſt demgemäß nichts anderes als eine ſ. g. uneigentliche oder eigentliche, ausdrückliche oder ſtillſchweigende Reſolutivbedingung, die keine dingliche, ſondern nur obligatoriſche Wirkung hat[2]. Sie kann allen letztwilligen Verfügungen hinzu-

[1] l. 17 § 2 D. de cond. et dem. (35. 1), S. 470 Note 6. l. 14 § 2 D. de lib. et post. (28. 2). Si quis ita scripserit: „ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto", hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus: non enim videri quasi filium exheredatum esse, cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset et adiecisset propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse. l. 15 D. eod. l. 88 D. de legat. (30). Sed si non alias voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sententiam constat, cum ipsi filio non videretur esse solvendo hereditas: et hoc ita est, licet non conditionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime adprobetur. l. 27 D. de usu et usufr. (33. 2). Uxori maritus per fideicommissum usumfructum et alia et dotem praelegavit: heredes usumfructum ei concesserunt: post biennium illicitum matrimonium fuisse pronuntiatum est: quaesitum est, an id, quod praeterito tempore possedit, ab ea repeti possit, respondit id, quod fructus nomine percepisset, repeti posse. Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 132. Die Entſcheidungen der Quellen werden von v. Sawigny, Syſtem Bd. 3 S. 377 ff., S. 381 als Ausnahmen von der Regel: falsa causa non nocet betrachtet, bei denen man ſtehen bleiben müſſe, aus denen kein Princip abgeleitet werden dürfe, Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 58, Bd. 24 Nr. 125.

[2] Windſcheid, der durch ſeine Schrift über die Lehre des römiſchen Rechts von der Vorausſetzung (1850) dieſen Begriff in die Wiſſenſchaft ein-

gefügt werden, auch Erbeinsetzungen[1], bei denen die Resolutivbedingung, von der die Aufhebung des Erbschaftserwerbes mit dinglicher Wirkung abhängig gemacht ist, pro non adiecta gilt[2]. Wer

---

geführt hat, charakterisirt die Voraussetzung als eine unentwickelte Bedingung, vgl. Lehrb. d. Pand. § 97 ff. Die beste Erläuterung hat diese Lehre bisher erhalten von Bähr, Die Anerkennung (2. Aufl.) S. 15 ff., S. 33 ff., S. 63 ff. Durch die gegen sie gerichteten Angriffe ist sie nicht gefördert, vgl. über dieselben Windscheid selbst im Archiv f. civ. Pr. Bd. 78 S. 161 ff. (1892) M. E. bedarf es, um diesen Begriff klar zu stellen, der Anknüpfung an den Begriff der Resolutivbedingung. Was Windscheid eine Voraussetzung nennt, ist eine Resolutivbedingung mit obligatorischer Wirkung. Eine und dieselbe Thatsache kann einem Rechtsgeschäft als Resolutivbedingung oder als Voraussetzung hinzugefügt werden, oder auch als Suspensivbedingung, z. B. bei einer Tradition können die Parteien die Thatsache, daß der Accipient die tradirte Sache nicht veräußere, als Resolutivbedingung mit dinglicher oder blos mit obligatorischer Wirkung aufstellen: c. 3 C. de cond. ob causam dator. (4. 6). Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel heredi eius condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur. Ebenso kann z. B. bei der mortis causa donatio nach der Intention der Parteien die Thatsache, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebt, eine Resolutivbedingung oder eine Voraussetzung oder auch eine Suspensivbedingung sein, l. 13 § 1, l. 35 § 4 D. de m. c. don. (39. 6), l. 29, l. 39 D. eod., l. 2 D. eod., § 1 I. de donat. (2. 7). Soll die Schenkung widerruflich sein, so darf das Schenkungsversprechen oder bei der donatio rerum die Tradition bis zum Tode des Schenkers für den Beschenkten keinen Rechtserwerb irgend einer Art begründen; es muß, um dies juristisch zu ermöglichen, der Schenkungsvertrag als negotium imperfectum geschlossen, d. h. die Perfection dieses Vertrages von der conditio, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebt, abhängig gemacht werden, l. 32 D. h. t. (39. 6), l. 7 D. eod., l. 15 i. f. D. de manum. (40. 1), (S. 422 Note 1 ff.), vgl. Koeppen in v. Jhering's Jahrb. Bd. 10 S. 143 ff., S. 261 u. System des heut. röm. Erbrechtes im Grundriß § 132.

[1] c. 4 C. de hered. inst. (6. 24). Si pater tuus eum quasi filium heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non institurus, si alienum nosset, isque postea subditicius esse ostensus est, auferendam ei successionem divi Severi et Antonini placitis continetur. c. 7 C. eod., c. 5 C. de testam. (6. 23), l. 93 D. de hered. inst. (28. 5), l. 28 D. de inoff. test. (5. 2). Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 125.

[2] Vgl. oben § 46 S. 284 Note 2 und unten § 78 sub III u. IV.

wegen mangelnder Voraussetzung die Wiederaufhebung der Wirkungen einer letztwilligen Verfügung und das, was er ohne dieselbe erhalten hätte, durch Klage oder Einrede fordern will, muß daher beweisen, daß der Erblasser die Verfügung nur im Fall einer bebestimmten Thatsache gewollt habe[1], daß diese Thatsache nicht existire[2] und deßhalb die Verfügung dem Willen des Erblassers nicht entspreche[3].

II. Nach dem Zweck des letzten Willens, dem Erblasser eine uneigennützige und gerechte Fürsorge für die Personen zu ermöglichen, die ihm im Leben am nächsten standen, um ihnen einen letzten Beweis der Liebe und Achtung[4] zu geben, müssen sich die Verfügungen auf den Todesfall, abgesehen von der Enterbung, in dem Wohlwollen des Erblassers gründen: sie dürfen nicht Ausfluß des Egoismus, des Hasses, der Chikane oder des Indifferentismus sein, und sie dürfen nicht mit den Gesetzen der Moral und der Familienliebe[5] in Widerspruch stehen. Auf diesem Grundsatz beruhen folgende Vorschriften,

1) Die captatorischen Verfügungen sind nichtig. Unter diesen Begriff fallen alle letztwilligen Zuwendungen, welche abhängig gemacht sind von der auf die Zukunft gestellten Bedingung, daß der Honorirte oder ein Dritter den Testator oder

---

[1] Vgl. l. 52, l. 65 § 2. 4. D. de cond. ind. (12. 6).

[2] Vgl. l. 65 § 3 D. eod.

[3] l. 72 § 6 D. de cond. et dem. (35. 1). Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. l. 4 § 10 D. de doli exc. (44. 4). Practerea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur. Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 110, Bd. 33 Nr. 44 a. E., Bd. 36 Nr. 10.

[4] l. 52 § 2 D. de iud. (5. 1) . . . testatorem, qui honorem habitum voluit his, quibus reliquit. l. 11 § 20 D. de leg. (32), l. 36 pr. D. de excusat. (27. 1) . . . honore legati eos persequi.

[5] l. 112 § 3 D. de legat. (30).

einen Dritten auch bedenken werde[1]. Die Bedingung muß ſich alſo auf ein noch nicht vorhandenes Teſtament des Honorirten oder des Dritten beziehen, nicht auf ein bereits errichtetes Teſtament[2]. Dann rechtfertigt ſich der Schluß, das Motiv für die Zuwendung des Teſtators ſei Eigennutz geweſen: daß er ſie nur machte, um im eigenen Intereſſe einen Andern zu einer letztwilligen Verfügung zu bewegen[3]. Der Umſtand, daß Fälle denkbar ſind, wo dieſes Motiv nicht exiſtirt, darf nicht in Betracht kommen, weil es keine Mittel giebt, das anderweitige Motiv des Erblaſſers mit Sicherheit feſtzuſtellen[4]. Auch bei einer Zuwendung, die nicht von jener auf die Zukunft geſtellten Bedingung abhängig gemacht iſt, ſondern von der conditio in praeteritum collata, daß der Erblaſſer oder ein Anderer von dem Honorirten ſchon letztwillig bedacht worden ſei, kann das Motiv Eigennutz ſein, aber die Annahme dieſes Motives läßt ſich hier nicht begründen. Deshalb iſt dieſe Verfügung keine captatoriſche[5]: bei ihr müſſen die gegenſeitigen Ho-

[1] l. 71 (70) D. de H. I. (28. 5) Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis. l. 64 D. de leg. (30) Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent. l. 1 D. de his quae pro non scr. (34, 8), l. 72 (71) § 1 D. de H. I. (28. 5). Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captationem direxerit, veluti si ita scripserit: „Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto“: quod in sententiam senatus consulti incidere non est dubium.

[2] l. 72 (71) pr. D. de H. I. (28. 5). S. Note 5. Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40 S. 206 ff., v. Bangerow, Pand. § 434 Anm. 1 sub II. 4, Steinfeld, Ueber den Grundſatz der benevolentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen (1884) S. 25 ff.

[3] Dies Motiv ſchließt die Gültigkeit der Dispoſition aus, weil es mit dem Weſen des letzten Willens im Widerſpruch ſteht; deshalb findet hier die Regel keine Anwendung, nach welcher conditiones turpes bei letztwilligen Verfügungen pro non adiectis gelten, l. 14 D. de cond. inst. (28. 7).

[4] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 220 ff. S. 224 Note 30. 31.

[5] l. 72 (71) pr. D. de H. I. (28. 5). Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: „qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto,“ quia in praeteritum non in futurum institutio collata est. l. 82 (81) § 1 D. eod., l. 20 § 2

norirungen als mutuis affectionibus angeordnete behandelt und demgemäß als gültige anerkannt werden. In gleicher Weiſe iſt die captirte Honorirung, welche durch die captatoriſche Verfügung veranlaßt wurde, zu beurtheilen. Sie iſt nur ungültig, wenn ſie ſelbſt auch eine captatoriſche iſt, d. h. wenn ſie von der conditio in futurum collata abhängig gemacht iſt, daß der Captant ſeine Dispoſition zu Gunſten des Captirten nicht abändern werde[1].

2) Letztwillige Zuwendungen, durch welche der Erblaſſer den Bedachten beſchimpft, ſind nichtig, weil der Ausdruck des Haſſes die Ehrung des Bedachten[2] durch das Wohlwollen des Erblaſſers ausſchließt. So die Hinterlaſſung von ehrenrührigen Gegenſtänden[3], und die Zuwendung, in welcher der Bedachte nur durch ein Schimpfwort bezeichnet iſt[4]. In einem bloßen Vorwurf, der dem Namen deſſelben hinzugefügt iſt, darf kein Ausdruck des Haſſes, ſondern nur die Erklärung des Erblaſſers gefunden werden, daß der Bedachte ſeine Liebe nicht verloren hat, obwohl er es verdient hätte[5]; dagegen in der bloßen Bezeichnung durch ein Schimpfwort liegt die Erklärung, daß der Bedachte nicht werth ſei, ſeinen Namen zu führen, und damit, daß er keine der Fürſorge

---

[1] Man ſtreitet darüber, ob und wann die captirte Verfügung gelte, und ob ſie eventuell pro non scripta zu erachten ſei, oder ob das dem Captanten Hinterlaſſene als erepticium vom Fiscus eingezogen werde, vgl. Mühlenbruch a. a. O. 221 ff., S. 227 ff., v. Bangerow a. a. O., Steinfeld a. a. O. S. 34. Die Quellen verbieten nur captatoriſche Verfügungen und beſtimmen für ſie: ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuissent, l. 1 D. de his, quae pro non script. (34. 8).

[2] Vgl. S. 473 Note 4.

[3] l. 54 pr. D. de leg. (30) Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur. Vgl. Steinfeld a. a. O. S. 22 ff., der als Beiſpiele das Vermächtniß falſcher Würfel oder der Kleider eines Zuchthäuslers anführt.

[4] l. 9 § 8 D. de H. I. (28. 5). Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod paene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio.

[5] l. 49 (48) § 1 D. eod. Illa institutio valet: „filius meus inpiissimus male de me meritus heres esto“: pure enim heres instituitur cum maledicto et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt.

des Erblassers würdige Person sei, wie sie eine letztwillige Zuwendung voraussetzt. Ein solcher Ausdruck des Hasses entspricht nur der Enterbung; sie bleibt deshalb gültig, wenn der Exheredirte nur durch ein Schimpfwort bezeichnet ist[1].

3) Letztwillige Zuwendungen an den Regenten[2] sind nichtig, wenn sie litis causa errichtet sind[3], d. i. zu dem Zweck, einen Prozeßgegner des Erblassers durch das Vorschieben dieses mächtigeren Widersachers zu chikaniren[4].

4) Letztwillige Zuwendungen sind nichtig, wenn der Erblasser sie in die mera voluntas eines Andern gestellt hat (si Titius voluerit), mag die mera voluntas über die Zuwendung selbst[5], oder über die Person des Bedachten[6], oder über den Gegenstand der Zuwendung[7] entscheiden sollen: denn diese Verfügungen ent-

---

[1] l. 3 pr. D. de lib. et post. (28. 2) . .. et si cum convicio dixerit: „non nominandus" vel „non filius meus", „latro", „gladiator", magis est, ut recte exheredatus sit . . . Vgl. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 36. S. 301 ff., Steinfeld a. a. O. S. 22.

[2] c. 16 pr. C. de testam. (6. 23).

[3] l. 92 (91) D. de H. I. (28. 5) Imperatorem litis causa heredem institui invidiosum est nec calumnia facultatem ex principali maiestate capi oportet. § 8 I. quib. mod. test. infirm. (2. 17. Paul. R. S. V. 12. § 8. Vgl. Tacit. annal. II. c. 47. 48.

[4] Paul. l. c. § 9 . . . qui se heredem imperatorem facturum esse iactaverat. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 300 ff., Steinfeld a. a. O. S. 18 ff.

[5] l. 11 § 7 de leg. (32) . . . fideicommissum ita relictum non debeatur „si volueris". l. 75 pr. D. de leg. (30).

[6] l. 32 pr. D. de H. I. (28. 5). Illa institutio: „quos Titius voluerit" ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. l. 69 (68) D. eod. . . . Atquin si quis ita scripserit: „si Titius voluerit, Sempronius heres esto", non valet institutio. — l. 52 D. de condit. (35. 1) . . . non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: „si Maevius voluerit, Titio decem do", nam in alienam voluntatem conferri, legatum non potest. Vgl. Arndts in Glück's Comment. Bd. 46 S. 345, S. 355 sub 2.

[7] Dafür gibt es keine Belegstelle, aber es ist selbstverständlich. Wer die Entscheidung über den Gegenstand hätte, würde damit die Entscheidung über die Existenz der Zuwendung haben, weil er den Gegenstand so bestimmen

halten den unverhüllten Ausdruck des Indifferentismus. Dagegen iſt zuläſſig, daß der Erblaſſer eine Zuwendung von dem billigen Ermeſſen (arbitrium boni viri) eines Dritten abhängig macht, ſo daß die Entſcheidung deſſelben der richterlichen Beurtheilung und Berichtigung nach dem Princip der Billigkeit unterliegt[1]. Dies muß dem Erblaſſer geſtattet ſein, damit er die Einſicht Dritter und ihre beſſere Kenntniß der Verhältniſſe zur Zeit ſeines Todes verwerthen kann[2]. Zuläſſig iſt ferner auch, daß der Erblaſſer die

---

könnte, daß er für den Bedachten werthlos wäre, vgl. Windſcheid, Pand. § 633 Note 17 ff. Eine Entſcheidung in Seuffert's Arch. Bd. 39 Nr. 314 ſpricht die Anſicht aus, daß die Höhe der Erbteile und die Größe anderer Zuwendungen in diejenige Willkür eines Dritten geſtellt werden könne, welche der Erblaſſer ſelbſt gehabt haben würde, alſo in die mera voluntas. Die Entſcheidung wird fälſchlich geſtützt auf l. 24 D. de leg. (31) u. c. 3 § 1 C. comm. de leg. (6. 43). Dieſe Stellen ſprechen von einem Falle, wo nur die Auswahl des zu Honorirenden aus einem beſtimmten Kreiſe von Perſonen, bzw. die Auswahl des zuzuwendenden Gegenſtandes aus einer beſtimmten Art von Erbſchaftsſachen in die Willkür eines Dritten geſtellt iſt. l. 7 (8) § 1 D. de reb. dub. (34. 5) . . . ut, cum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quae ad eum pervenisset. . . . Nec enim in arbitrio eius qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat. Plurimum enim interest, utrum in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat. l. 16 D. de leg. (31). Ueber die Auswahl aus einem beſtimmten Kreiſe von Sachen vgl. l. 84 § 9, l. 101 § 1, l. 110 D. h. t. (30). Auch die Zeit der Entrichtung eines Vermächtniſſes kann in die Willkür eines Andern geſtellt werden, l. 11 § 6, l. 41 § 13 D. de leg. (32), l. 46 § 4. 5 D. de fid. lib. (40. 5).

[1] l. 75 pr. D. de leg. (30). Ulpian. Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum: „si aestimaverit heres“, „si comprobaverit“, „si iustum putaverit“, et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum. l. 11 § 7 D. h. t. (32) Ulpian. Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 351.

[2] Im Zweifel iſt anzunehmen, daß der Erblaſſer unter dem Ermeſſen das arbitrium boni viri verſtanden hat: l. 46 § 3 D. de fid. lib. (40. 5) Ulpian, Quod si ita scriptum sit: „si heres voluerit“, non valebit,

Zuwendung ſtatt von der mera voluntas eines Dritten von einer willkürlichen Handlung deſſelben (si Titius in Capitolium ascenderit) abhängig macht[1]. Sachlich hat er hier zwar ebenſo wie bei der Bedingung si Titius voluerit die Zuwendung in das reine Gutdünken eines Dritten geſtellt[2], aber er hat doch — und das ge-

---

sed ita demum, si totum in voluntate fecit heredis, si ei libuerit. Ceterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur: nam et eam libertatem deberi placuit „si tibi videbitur“ . . . ita enim hoc accipiendum: „si tibi quasi viro bono videbitur“ . . . l. 1 § 1 D. de leg. (31). Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae „arbitrio tutorum“ . . . in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi.

[1] l. 69 (68) D. de H. I. (28. 5). Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: „si Titius in Capitolium ascenderit“, quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii . . . erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scripserit: „si Titius voluerit, Sempronius heres esto“, non valet institutio. l. 52 D. de eod. (35. 1).

[2] Deshalb ſagt Ulpian in l. 1 pr. D. de leg. (31): In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest: quid enim interest: „si Titius in Capitolium ascenderit“ mihi legetur an „si voluerit“. Zwiſchen dieſen beiden Bedingungen beſteht nur eine Verſchiedenheit im Ausdruck; trotz der Unzuläſſigkeit der Bedingung si Titius voluerit, gilt deshalb doch in Wahrheit der Satz: es kann das liberum arbitrium eines Andern als Bedingung für ein Vermächtniß geſetzt werden, nur nicht das liberum arbitrium des Onerirten, wie das von Ulpian ausgeſprochen wird in l. 43 § 2 D. de leg. (30): Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest, nach dem Satze: sub hac conditione: si volam nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis, l. 8 D. de O. et A. (44. 7), l. 108 § 1 D. de V. O. (45. 1). Hiernach ſetzt ſich Ulpian durch die l. 1 pr. cit. und durch l. 43 § 2 cit. nicht, wie man angenommen hat, in Widerſpruch mit den von ihm herrührenden Stellen in den Noten 1 u. 2 S. 477. Auch die l. 46 § 2 D. de fid. lib. (40. 5) von Ulpian enthält einen ſolchen Widerſpruch nicht: hier bezieht ſich die Bedingung: si Seius voluerit auf die Zeit der Entrichtung, l. 46 § 4. 5 D. eod., l. 11 § 6, l. 14 § 13 D. de leg. (32). Ueber die verſchiedenen Anſichten vgl. Glück's Comment. Bd. 33 S. 445 ff., Windſcheid, Pand. § 633 Note 17, Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 371 Note 3.

nügt — durch die Form ſeinen Indifferentismus verdeckt[1]. Für letztwillige Zuwendungen, die der Erblaſſer von der Willkür eines Dritten abhängig machen will, gilt daher die Regel: expressa nocent, non expressa non nocent[2]. Dieſer Satz hat durch das canoniſche Recht keine Abänderung erfahren[3].

[1] l. 69 (68) D. de H. I. (28. 5). Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: „si Titius in Capitolium ascenderit“ quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. . . Quaedam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt.

[2] l. 52 D. de condit. (35. 1) Im vorjuſtinianiſchen Recht galt dieſer Satz auch für die poenae nomine relicta d. i. für letztwillige Zuwendungen, die der Erblaſſer einer Perſon nicht aus Wohlwollen und Fürſorge machte, ſondern zur Strafe für einen andern Honorirten (coërcendi causa), dem der Betrag jener Zuwendungen entzogen werden ſollte auf den Fall, daß er etwas thun, oder etwas nicht thun werde, z. B. durch datio legati oder adiectio coheredis: „heres meus, si filiam suam in matrinomium Titio collocaverit“, vel ex diverso „si non collocaverit“, dato decem aureos Seio, oder Seius quoque heres esto. Dieſe Zuwendungen poenae nomine waren nichtig, weil ſie mit dem Zweck des letzten Willens in Widerſpruch ſtanden, Gaius II. 235—237, 243, Ulp. fr. XXIV. 17, XXV. 13; § 36 I. de leg. (2. 20), l. 1 D. de his quae poenae causa rel. (34. 6). Derartige Zuwendungen wurden nun aber vom Erblaſſer nicht nothwendig mit der Abſicht angeordnet, einem Honorirten eine Strafe aufzulegen (poenae nomine), die Abſicht konnte auch blos dahin gehen, das Thun oder Nichtthun des Honorirten als conditio für die ihn verkürzende Zuwendung aufzuſtellen. Deshalb mußten ſie Geltung haben, wenn es an der Erklärung des Erblaſſers fehlte, daß er ſie coërcendi heredis causa mache, l. 2 D. h. t. (34. 6). Poenam a condicione voluntas testatoris separat, et an poena, an conditio . . . sit, ex voluntate defuncti apparet. Juſtinian beſtimmte: huiusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea, quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta, . . . nihil distare a ceteris legatis constituimus, § 36 cit. i. f. I. (2.20), c. un. C. de his quae poen. nom. in test. v. cod. rel. (6. 41) vom Jahre 528. Vier Jahre ſpäter hob er durch c. 26 C. de leg. (6. 37) auch die Vorſchrift des alten Rechts auf, nach welcher Reſolutivbedingungen bei Legaten unzuläſſig waren, „weil eine Verfügung, die im Nachſatz nahm, was ſie im Vorderſatz gab, mit

5) Letztwillige Zuwendungen sind nichtig, wenn sie als unsittliche erachtet werden müssen[1]. Anfechtbar sind sie wegen Indignität durch das Recht der Exception[2] und wegen Inofficiosität durch das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten[3].

2. Wesentlicher Inhalt: Heredis institutio*.

a. Begriff und Erfordernisse.

§ 74.

Eine heredis institutio, Erbeinsetzung oder Erbesernennung, besteht in der Berufung eines Universalsuccessors zur direkten Erb-

---

dem Zweck des Legats im Widerspruch zu stehen schien", v. Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 503.

[2] Man hat das Gegentheil behauptet auf Grund des cap. 13 X de testam. (3. 26)... qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Diese Worte aus einer Decretale von Innocenz III. hatten nicht den Zweck, das römische Recht abzuändern: sie beziehen sich nur auf ein damals nach Gewohnheit den Geistlichen zustehendes Recht, in der bezeichneten Weise über ihren Nachlaß zu verfügen, und enthalten nur die Entscheidung des Papstes, daß auch eine solche Verfügung das Recht des Papstes ausschließe, den Nachlaß eines ohne Testament verstorbenen Geistlichen einzuziehen, Glück a. a. O. Bd. 33 S. 476 ff., Bd. 34 S. 1 ff., Windscheid, Pand. § 547 Note 3. Für die Abänderung des römischen Rechts durch das canonische erklärt sich Arndts in Glück's Comment. Bd. 46 S. 362 ff., gegen ihn Serafini, Arch. giurid. III p. 166 sqq. Auch die Praxis schwankt, vgl. Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 314 und dagegen Bd. 33 Nr. 237 sub 2.

[1] l. 36 i. f. I. de leg. (2. 20) . . . quae impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa: huiusmodi enim testatorum dispositiones valere, secta temporum meorum non patitur. § 28 I. eod. Postumus autem alienus heres institui . . . potest, nisi in utero eius sit, quae iure nostro uxor esse non potest. l. 9 § 1. 3. 4 D. de lib. et post. (28. 2).

[2] Vgl. § 18 u. 19.

[3] Vgl. Einleitung S. 5 ff. u. unten Notherbenrecht.

* I. 2. 14, D. 28. 5 de heredib. instituendis, C. 6. 24 de heredib. instituendis et quae personae heredes institui non possunt. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 39 S. 116 ff., Bd. 40 S. 1 ff., Arndts, Civilistische Schriften Bd. 2 S. 65 ff.

folge[1]. Dieſe Berufung ſetzt keine ſolenne Erklärung in beſtimmten Worten voraus[2]; es iſt jede Ausdrucksweiſe zuläſſig, aus welcher der Wille des Erblaſſers erhellt, ſich einen direkten Univerſalſucceſſor zu ernennen[3]. Deßhalb kann er eine Erbeinſetzung z. B. beim mündlichen Teſtament auch durch bloße Bejahung einer entſprechenden Frage erklären,[4] und deshalb kann er ſie auch ſtillſchweigend[5]

---

[1] l. 37 D. de A. v. O. H. (29. 2). Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit; vgl. Einleit. S. 3 Note 2, § 32 S. 202. § 2 I. de fideic. hereditat. (2. 23) . . . opus esse, ut aliquis recto iure testamento heres instituatur; vgl. Einleit. S. 21.

[2] Ueber die solemnis institutio des alten Rechts vgl. Gaius II. 117, Ulp. fr. XXI.

[3] c. 15 § 1 C. de testam. (6. 23) . . . quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.. § 2 Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiant ordinare, . . . quibuscunque verbis uti liberam habeant facultatem. c. 21 i. f. C. eod. . . . etiam graece omnibus liceat testari.

[4] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 36.

[5] Dies iſt nicht unbeſtritten. Manche Juriſten behaupten, durch die c. 15 cit. (Note 3) ſei nur das Erforderniß der solemnis institutio, nicht das Erforderniß der ausdrücklichen Erbeinſetzung in dispoſitiven Worten aufgehoben worden, während die herrſchende Anſicht mit Recht annimmt, daß nach jener Conſtitution jede Erklärung genügt, aus welcher der zur Erbeinſetzung erforderliche Wille mit Sicherheit entnommen werden kann. Dieſe Meinungsverſchiedenheit kommt namentlich zur Sprache bei der Frage: positus in conditione, an sit positus in dispositione? d. h. wenn der Erblaſſer eine Perſon unter der Bedingung eingeſetzt hat, daß eine andere Perſon bei der Delation der Erbſchaft nicht vorhanden ſein werde, iſt dann dieſe andere im Bedingungsſatz genannte Perſon (der positus in conditione) für zunächſt eingeſetzt zu halten (alſo positus in dispositione), ſo daß ſie den unter der Bedingung Inſtituirten ausſchließt? Z. B. der Erblaſſer hat geſagt: „Titius ſoll mein Erbe ſein, wenn Mävius vor mir ſtirbt“; iſt hier Mävius für eingeſetzt zu halten, ſo daß ihm die Erbſchaft deferirt wird, wenn er den Teſtator überlebt? Oder z. B. der Erblaſſer hat geſagt: „Titius ſoll mein Erbe ſein; wenn er vor mir ohne Hinterlaſſung von Kindern ſtirbt, ſoll X. mein Erbe ſein“; ſind hier die Kinder als direkt oder als fideicommiſſariſch inſtituirt anzuſehen, ſo daß ſie den X. ausſchließen? Die Frage wird von den Juriſten verneint, welche ſich für das Erforderniß der ausdrücklichen Erbeinſetzung in dispoſitiven Worten erklären,

erklären. Es ist nicht erforderlich, daß das Wort „Erbe" in der Erklärung gebraucht ist, und es folgt aus dem Gebrauch dieses Wortes nicht nothwendig, daß der Erblasser eine Erbeinsetzung, kein Vermächtniß wollte[1]. Es ist auch nicht erforderlich, daß der Berufene mit seinem Namen bezeichnet wird[2]: es genügt jede Bezeichnung, aus der seine Person mit Sicherheit entnommen werden kann[3], auch die Bezeichnung in einer besonderen formlosen Urkunde, auf welche bei der Erbeinsetzung im schriftlichen Testa-

---

weil ohne diese die Willensmeinung des Testators nicht mit hinreichender Gewißheit zu erkennen sei; sie stellen deshalb den Satz auf: positus in conditione non positus est in dispositione, unter Bezugnahme auf l. 19 D. de H. I. (28. 5), l. 16 § 1 D. de vulg. subst. (28. 6). Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 234 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 172 Anm. 4, Puchta, Vorles. § 473 sub 1, Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 372 S. 80, Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 152. Die heute herrschende Ansicht beantwortet dagegen die Frage dahin: es entscheiden die Umstände des einzelnen Falles darüber, ob der Testator den in conditione positus hat bedenken wollen, also ob seine Anordnungen eine diesem Willen entsprechende Interpretation zulassen oder nicht, v. Bangerow, Pand. § 449 Anm. 1, Windscheid, Pand. § 546 Anm. 11, Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 165, Bd. 23 Nr. 150.

[1] Die Worte „Erbe" und „erben" werden ebenso wie „Vermächtniß" und „vermachen" im gewöhnlichen Leben bei allen Zuwendungen auf den Todesfall gebraucht, deshalb entscheidet nur der Inhalt der Zuwendung darüber, ob sie eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtniß ist. Wenn der Erblasser z. B. sagt: ich vermache dem X. mein ganzes Vermögen, oder ich hinterlasse es ihm, so ist diese Verfügung eine Erbeinsetzung, weil sie die Berufung eines direkten Universalsuccessors enthält, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 232 ff., Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 157, Bd. 13 Nr. 153, Bd. 32 Nr. 62, Bd. 33 Nr. 140.

[2] Die Vorschrift Justinians für das schriftliche Testament, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, § 4 i. f. I. de test. ord. (2. 10), c. 29 C. de testam. (6. 23) ist von ihm selbst in Nov. 119 c. 9 aufgehoben worden; ebenso die ursprüngliche Bestimmung, nach welcher die Erbeinsetzung im Testament anderen letztwilligen Verfügungen vorausgehen mußte. Gaius II. 229. § 34 I. de leg. (2. 20), c. 24 C. de testam. (6. 23).

[3] l. 9 § 8 D. de H. I. (28. 5) . . . indubitabili signo, . . . , quod paene nihil a nomine distat. Aber die Bezeichnung blos durch ein Schimpfwort macht die Erbeinsetzung nichtig (S. 475 Note 1 ff.).

ment vom Erblaſſer Bezug genommen iſt[1]: ſ. g. myſtiſches Teſtament[2].

Zu einer gültigen Erbeinſetzung gehören demgemäß zwei Erforderniſſe: die Berufung eines directen Univerſalſucceſſors[3], welche den in § 73 entwickelten allgemeinen Grundſätzen über den Inhalt eines letzten Willens entſpricht, und die Berufung eines Univerſalſucceſſors, der Erbfähigkeit und Capacität zu den Zeiten

---

[1] l. 10 pr. D. de cond. inst. (28. 7) . . . . . haec institutio, quae testamento data esset, proinde si ita scripserit: „cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto“ pari ratione dicendum erit institutionem valere nullo iure impediente. l. 78 (77) D. de H. I. (28. 5), l. 38 D. de cond. et dem. (35. 1), l. 12 D. de b p. s. t. (37. 11). Die Erbeinſetzung ſelbſt, alſo der Wille, daß Jemand Erbe ſein ſoll, muß im Teſtament ausgeſprochen ſein (testamento data), aber die Erklärung, welche Perſon der Erbe ſein und welchen Erbtheil ſie erhalten ſoll, dieſe declaratio kann in einem formloſen Aufſatz (codicillis) gemacht und vorbehalten werden. Dieſe Vorſchrift hat durch die im neueſten röm. Recht eingeführte Codizillarform (c. 8 § 3 C. de codic. (6. 36), c. 28 i. f. C. de testam. (6. 23), Not. Ordn. von 1512 Tit. II § 2) keine Aenderung erfahren; ſie bezieht ſich nur auf ſolche Codicille, in welchen die letztwillige Verfügung ſelbſt angeordnet wird, d. i. auf die jetzt ſ. g. Codicille im engern und eigentlichen Sinne, nicht auf bloße Erläuterungen der bereits im Teſtament oder in einem ſolchen Codicill angeordneten Verfügungen; vgl. l. 21 § 1 D. qui test. fac. (28. 1), l. 25 (26) D. de reb. dub. (34. 5), Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 55.

[2] Das testamentum mysticum wird auch als testamentum implicitum oder relatum oder relativum bezeichnet. Die Zuläſſigkeit eines mündlichen testamentum mysticum iſt beſtritten. Gegen dieſelbe mit Recht Glück a. a. O. Bd. 35 S. 13 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 171 Anm. 40 u. die dort Citirten, weil nach röm. Recht wie nach der N. O. beim mündlichen Teſtament den Zeugen der Inhalt desſelben, insbeſondere auch die Namen der Erben, vom Teſtator bekannt gegeben werden müſſen, l. 21 pr. D. de H. I. (28. 5), c. 21 § 4, c. 26. 29 C. de test. (6. 23), N. O. Tit. II § 8. Für die Zuläſſigkeit erklären ſich namentlich Windſcheid, Pand. § 546 Note 10 und die dort Citirten, Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 372 Note 46, aber die Argumentationen, auf welche ſie ſich ſtützen, ſind den citirten Vorſchriften gegenüber nicht ſtichhaltig. Vgl. v. Holzſchuher, Theor. u. Caſ. des gem. Civilr. Bd. 2 § 162.

[3] Dieſe kann auch dann vom Erblaſſer gewollt ſein, wenn er eine Perſon zum Erben auf einzelne Vermögensſtücke eingeſetzt hat; von dieſer heredis institutio ex re certa handelt § 77.

hat, wo diese Fähigkeiten nach den Ausführungen in § 3 vorhanden sein müssen[1].

Neben den erbfähigen Personenvereinen sind erbfähige Vermögen, welche wie diese Vereine als juristische Personen bezeichnet werden, weil auch sie Personenstelle vertreten, nur die Stiftungen. Die hereditas iacens[2] hat keine Erbfähigkeit[3].

Die Erbeinsetzung einer Stiftung ist in doppelter Weise möglich[4]: so, daß der Erblasser eine schon existirende Stiftung instituirt, und so, daß er die Stiftung erst durch die Erbeinsetzung errichtet[5]. Wenn er in seinem Testament z. B. erklärt, daß er sein

---

[1] Ueber die Zeiten, wo der instituirte Erbe die testamentarische Erbfähigkeit haben muß, vgl. § 3 S. 65, über die Personen, welchen diese Fähigkeit fehlt, und über die Wirkung der Erbunfähigkeit auf die Erbeinsetzung des Instituirten und die ihm hinterlassene Erbschaft S. 66; über die Zeit, wo die Capacität des Instituirten vorhanden sein muß, und über die Personen, denen sie fehlt, sowie über die Wirkungen der Incapacität vgl. S. 67 ff.

[2] Vgl. § 2 S. 45 ff., S. 56 Note 2. 3.

[3] Vgl. § 3 S. 66 Note 4.

[4] Ueber den hier nicht in Rede stehenden Fall, wo Erben oder Legataren die Auflage gemacht ist, eine Stiftung zu errichten, vgl. c. 46 C. (1. 3). Nov. 131 c. 10, l. 50 § 1 D. de H. P. (5. 3), l. 92 D. de cond. (35. 1).

[5] Eine eingehende Erörterung der Frage, ob auch eine erst durch den letzten Willen zu errichtende Stiftung zum Erben eingesetzt werden könne, veranlaßte das Testament des Kaufmanns Städel in Frankfurt a. M. vom Jahre 1815. Dasselbe enthielt folgende Verfügung: „Meine Sammlung von Gemälden, Handzeichnungen, Kupferstichen und Kunstsachen sammt dazu gehörigen Büchern soll die Grundlage eines zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft hiermit von mir gestiftet werdenden Städelschen Kunstinstituts sein. Dieses Städelsche Kunstinstitut setze ich zu meinem Universalerben in meinen gesammten dereinstigen Nachlaß an beweglichem und unbeweglichem Vermögen hiermit ein.“ Die Gültigkeit einer solchen Erbeinsetzung wird von manchen Juristen in Abrede gestellt, namentlich von Mühlenbruch in seiner Schrift: Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Halle 1828 und in Glück's Commentar Bd. 39 S. 451 ff., Bd. 40 S. 1 ff., S. 47 ff., von Roth in Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 209 u. von Schirmer, Erbr. § 4 S. 32. Sie kommen bei der Begründung ihrer Ansicht zu verschiedenen Resultaten, aber darin stimmen sie überein, daß, abgesehen von den besonderen Bestimmungen über die Gültigkeit der Zuwendungen an piae causae (s. die folgende Note), durch Testament eine Stiftung als selbständiges

ganzes Vermögen oder eine Quote deſſelben den „Armen“ hinterlaſſen wolle, ſo enthält dieſe Erbeinſetzung einerſeits die Erforderniſſe für die Errichtung einer Stiftung mit juriſtiſcher Perſönlichkeit durch Feſtſtellung des Stiftungszwecks und der zur Ausführung deſſelben beſtimmten Vermögensmaſſe, andererſeits die Berufung dieſer Stiftung zur Univerſalſucceſſion in die Erbſchaft[1].

Rechtsſubject nicht errichtet, alſo auch in demſelben nicht honorirt werden könne, weil die Entſtehung einer Stiftung Staatsgenehmigung vorausſetze und das Erforderniß der Exiſtenz des Honorirten zur Zeit der Teſtamentserrichtung und zur Zeit der Delation keine Ausnahme zulaſſe. Mühlenbruch bei Glück, Bd. 40 S. 76 hält aber die Erbeinſetzung einer Stiftung unter der Bedingung ihrer künftigen Exiſtenz durch nachfolgende Staatsgenehmigung für gültig, während Roth a. a. O. S. 211 dies verneint, weil es kein Rechtsſatz gebe, der dieſer Genehmigung rückwirkende Kraft einräume.

[1] c. 48 (49) pr. C. de episc. et cler. (1. 3). Si quis .. cum desiderat totam suam substantiam pro redemptione captivorum relinquere, eos ipsos captivos scripserit heredes, ne videatur, quasi incertis personis heredibus institutis (cf. c. un. C. de incert. person. 6. 48), iudicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus, huius talem institutionem pietatis intuitu valere. § 1. Sed et si pauperes quidam scripserit heredes et non inveniatur certum ptochium vel certae eccleciae pauperes, de quibus testator cogitaverit, sed sic incerto vocabulo pauperes fuerint heredes instituti, simili modo et huiusmodi institutionem valere decernimus. Dieſe Stelle zeigt, daß das römiſche Recht Erbeinſetzungen zu Gunſten der Gefangenen und der Armen nicht beanſtandete, alſo nach der Ausdrucksweiſe unſerer heutigen Rechtswiſſenſchaft zuließ, Stiftungen mit juriſtiſcher Perſönlichkeit zu Gunſten der Gefangenen und der Armen durch Erbeinſetzung ohne Staatsgenehmigung zugleich zu errichten und zu honoriren; dabei beſtimmte es auch, wer die Erbſchaft Zwecks Ausführung des Stiftungszwecks an ſich nehmen und verwalten ſolle, c. 48 cit., § 2. 3, c. 24. 28 C. eod. Nov. 131 c. 10. 11. Aus der Ausdehnung der Vorſchrift von den captivi auf die pauperes ergiebt ſich, daß in derſelben ein allgemeines Princip für Stiftungen überhaupt anerkannt werden ſollte. Daher muß dasſelbe heute für alle bei uns vorkommenden Stiftungen, milde wie gemeinnützige, Geltung haben. Viele Juriſten haben ſich denn auch für die Zuläſſigkeit einer derartigen Erbeinſetzung erklärt: Elvers, Theoret.-prakt. Erörter. aus der Lehre von der teſtamentar. Erbfähigkeit, insbeſondere juriſtiſcher Perſonen, Göttingen 1827, Northoff in ſeiner Schrift: Die Gültigkeit der Erbeinſetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Teſtament des weil. Landrentmeiſters Blum zu Hildesheim, Göttingen 1833, und unter den

Die Erbeinsetzung einer hereditas iacens ist wegen Erbunfähigkeit nichtig. Von ihr kann das ius successionis aus der Delation nicht erworben und folgeweise auch nicht per hereditatem auf die erwarteten Erben übertragen werden[1]. Ergiebt sich aber aus der Verfügung des Erblassers, daß er durch die Erbeinsetzung der hereditas iacens in der That nicht eine Zuwendung an das hinterlassene Vermögen des Erblassers machen wollte, sondern an dessen künftige Erben, so sind diese als instituirt zu betrachten, weil er nur einen falschen Ausdruck für seine Willensmeinung gebraucht hat[2]: cum in testamentis ambigue aut etiam perperam scriptum est, . . . id, quod credibile est cogitatum, credendum est[3].

---

neueren Juristen namentlich: Arndts Civilist. Schrift. Bd. 2 S. 73 und in Glück's Comment. Bd. 46 S. 413 ff., Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 S. 54 und dazu 1. Aufl. Abth. 2 S. 754 ff., S. 1069 ff., 1075 und 1090. Windscheid, Pand. § 49 Note 5, Bekker, Pand. I. S. 282 ff. Die heutige Praxis ist keine übereinstimmende. Es giebt Gerichte, welche nur die rechtliche Möglichkeit anerkennen, milde Stiftungen im Testament zugleich zu errichten und zu instituiren und unter ihnen solche, welche hinzutretende staatliche Genehmigung fordern, der sie, wenn sie erst nach dem Tode des Stifters erfolgt, rückwirkende Kraft geben, Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 4 a. E., Bd. 19 Nr. 4, Bd. 14 Nr. 103 Note 2, Bd. 11 Nr. 9. Es giebt aber auch Gerichte, welche die staatliche Genehmigung für überflüssig halten, Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 232, und den milden Stiftungen alle anderen Stiftungen gleichstellen, Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 97.

[1] Vgl. § 2 S. 48 Note 3 a. E.

[2] Vgl. Arndts Pand. § 471, Note 3 a. E., der als Beispiel folgende Verfügung anführt: „Mein Nachlaß soll der Erbschaft meines vor Kurzem in zerrütteten Vermögensumständen plötzlich verstorbenen jüngsten Bruders zu fallen, so zwar, daß dessen künftige Erben alle Schulden desselben, soweit mein Vermögen ausreicht, vollständig zu decken haben." Das ist eine Erbeinsetzung der künftigen Erben des verstorbenen Bruders mit der Auflage die Schulden desselben aus der Erbschaft des Testators zu bezahlen, soweit sie aus der Erbschaft des Bruders nicht getilgt werden können.

[3] l. 24 D. de reb. dub. (34. 5); vgl. § 73 S. 462 Note 5.

b. Erbeinſetzung Mehrerer*.

§ 75.

Die Erbeinſetzung mehrerer Erben bewirkt ihre Berufung zur gemeinſchaftlichen Univerſalſucceſſion in die Erbſchaft: jeder von ihnen wird als Miterbe (coheres) zur Succeſſion in eine Erbſchaftsquote (pars hereditatis) berufen[1], mit der Wirkung, daß ihm auch die Quoten der übrigen, ſoweit ſie vacant werden, nach Rechtsvorſchrift durch Accrescenz zufallen[2]. Die urſprünglichen Quoten der Miterben beſtimmt der Wille des Teſtators ausdrücklich oder ſtillſchweigend. Folgende Fälle ſind hervorzuheben:

1) Der Erblaſſer hat ſämmtliche Erben sine parte inſtituirt. Hier iſt an ſich anzunehmen, daß er ſie auf gleiche Erbtheile berufen wollte[3]. Aus ſeiner Erklärung kann ſich aber auch eine andere Intention ergeben. So namentlich aus der Satzverbindung (coniunctio), in welcher einige der Erben inſtituirt ſind[4], der Wille, daß dieſe heredes coniuncti bei der Erbtheilung für Einen Kopf zählen ſollen[5]; oder z. B. aus der Einſetzung der Inteſtaterben als ſolcher der Wille, daß ſie auf ihre Inteſtaterbtheile berufen ſein ſollen[6]. In allen derartigen Fällen iſt der Grundſatz zu berückſichtigen, daß bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen auf die aus den Umſtänden erkennbare Abſicht des

---

* Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40 S. 109 ff., Sintenis, Civilrecht. Bd. 3 § 472 sub II B. b, v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 449 Anm. 3, Windſcheid, Pand. § 551.

[1] Vgl. § 30 S. 192 Note 3, § 36.

[2] Vgl. § 5, § 29, 30, 32.

[3] § 6 I. de H. I (2. 14), l. 9 § 12 D. h. t. (28. 5). Heredes iuris successores sunt et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt. l. 35 pr. i. f. D. eod.

[4] Ueber die verſchiedenen in den Quellen erörterten Conjunctionen (verbis tantum, re tantum und re et verbis coniunctio) und über ihren Einfluß auf die Erbtheilung und auf das Accrescenzrecht vgl. § 30 S. 192 ff.

[5] Vgl. l. 34 pr. D. de leg. (30), l. 13 pr. l. 60 (59) § 2 D. de H. I. (28. 5), c. 11 C. de imp. (6. 26), Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 201.

[6] v. Bangerow a. a. O. Anm. 8 sub II. 3.

Erblassers mehr ankommt, als auf die von ihm gebrauchten Worte[1].

2) Der Erblasser hat sämmtliche Erben ex certa parte instituirt[2]. Auch in diesem Falle sind Satzverbindungen (coniunctiones) möglich, welche die stillschweigende Erklärung enthalten, daß die heredes coniuncti zusammen bloß einen Erbtheil bekommen sollen[3].

3) Der Erblasser hat einige Erben ex certa parte, andere sine parte instituirt. Hier erhalten diese den nicht vertheilten Rest der Erbschaft nach Kopftheilen, soweit nicht aus Conjunctionen[4] oder sonstigen Umständen auf eine abweichende Willensmeinung des Erblassers geschlossen werden muß.

c. Erbeinsetzung auf zu wenig oder zu viel Quoten*.

§ 76.

I. Hinterläßt der Erblasser ein Testament, in welchem die Erbschaft durch die Quoten, auf welche er seine Erben instituirt hat, nicht erschöpft ist[5], so fällt der vacante Theil der Erbschaft

---

[1] Vgl. § 73 S. 462 Note 5. c. 23 § 1 C. de legat. (6. 37), Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 151.

[2] In den Quellen heißt der Erbe, der auf die durch as bezeichnete ganze Erbschaft eingesetzt ist, heres ex asse, der Theilerbe heres ex parte. Das as zerfiel in 12 unciae. Nach diesen Zwölftheilen wurden herkömmlich die Erbtheile bestimmt: solemnis assis distributio in duodecim uncias fit, l. 13 § 1 D. de H. I. (28. 5). Ueber die Bezeichnung der einzelnen Theile des as vgl. § 5 I. h t. (2. 14). Gebunden war der Testator an diese solemnis distributio und an die technische Bezeichnung der Erbtheile nicht. Er konnte die Erbschaft auch nach andern Quoten vertheilen, deshalb wurden unter unciae nicht blos Zwölftheile, sondern überhaupt Erbtheile verstanden, l. 13 § 1 cit., Paul. R. S. III 4a. § 6 Mühlenbruch a. a. O. S. 116 ff., Göschen, Vorl. über d. gem. Civilr. Bd. 3 § 836.

[3] Vgl. l. 15 pr. D. de H. I. (28. 5).

[4] l. 17 pr. § 4, l. 78, l. 79 § 2 D. eod., § 6 I. h. t. (2. 14.)

* Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40 S. 119 ff., Windscheid, Pand. § 552.

[5] § 5. 7. I. de H. I. (2. 14).

nach den Grundſätzen über das teſtamentariſche Accrescenzrecht[1] den Teſtamentserben zu, die ihre Inſtitutionsportionen erwerben[2].

II. Hat der Erblaſſer mehr als die ganze Erbſchaft vergabt, weil er zu viel Erbſchaftsquoten vertheilte, ſo muß bei jedem Teſtamentserben eine Decrescenz eintreten: das zu viel Vergabte muß den inſtituirten Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile abgezogen werden[3]. Nach Pandektenrecht fand dieſe Decrescenz auch in dem Fall ſtatt, wo der Teſtator zuerſt einen oder mehrere Erben auf die ganze Erbſchaft und dann noch andere Erben auf Quoten inſtituirte, die aber ein Ganzes nicht erreichen[4] oder nicht überſchreiten[5]. Juſtinian beſtimmte dagegen für den erſten

---

[1] Vgl. § 5 S. 92 sub 2 und § 29 sub II S. 181 ff.

[2] § 7 I. l. c. . . . vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere. Die hiernach jedem Teſtamentserben gebührende Geſammtportion ergiebt ſich, wenn man die Erbſchaftsquoten, auf welche ſie eingeſetzt ſind, auf gleichen Nenner bringt und für die dadurch entſtandenen Zähler aus der Summe derſelben einen neuen Nenner bildet; vgl. Göſchen a. a. O. § 837. — Ueber den Fall, wo der Erblaſſer die Teſtamentserben auf ihre Inſtitutionsportionen beſchränken und ihnen die Verpflichtung auferlegen wollte, den vacanten Erbtheil als Univerſalvermächtniß an andere Perſonen zu reſtituiren, vgl. § 5 S. 93 Note 1.

[3] Der nach der Decrescenz Jedem zukommende Erbtheil wird berechnet, wie im Fall der Accrescenz (Note 2): aus den Zählern der Inſtitutionsportionen wird für dieſelben ein neuer Nenner gebildet, vgl. Göſchen a. a. O. § 837 sub B 3. § 7 I. l. c, . . . si plus in portionibus sit, tacite singulis decrescere, ut, si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset. l. 13 § 7 D. de H. I. (28. 5) . . „Titius ex parte tertia", deinde asse expleto „idem ex parte sexta": in quatuordecim uncias hereditatem dividendam Trebatius ait. Vgl. l. 15 pr. D. eod.

[4] l. 13 § 4 D. eod. Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, aeque pro rata decrescet: utputa me ex duodecim unciis heredem, te ex sex scripsit: ego hereditatis habeo bessem, tu trientem. l. 13 § 6 D. eod., vgl. l. 60 (59) § 1 D. eod.

[5] l. 13 § 5 D. eod. Sed si duos ex asse herdes scripserit, alios ex duodecim unciis, an aeque distributio fiat, apud Labeonem l. IV posteriorum quaeritur: et putat Labeo, et illos ex semisse et hos, qui ex duodecim unciis scripti sunt, ex semisse heredes fore, cui sententiae adsentiendum puto. l. 48 (47) § 1, l. 79 (78) § 2 D. eod.

unter den römischen Juristen streitigen Fall, wo die Quoten das Ganze nicht erreichen: die Erbeinsetzung auf die ganze Erbschaft soll um die nachfolgenden Erbesernennungen auf Quoten vermindert werden, weil sich die Annahme rechtfertigt, der Testator habe erstere bis zum Betrage der letzteren vermindern wollen[1]. Diese

[1] c. 23 § 1 C. de legat (6. 37) . . . Cum enim manifestissimum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, noluisse autem minui eam sex unciis, cum alii eas obtulit, et praesens casus exitum apertissimum inveniet. Si quis itaque vel agrum vel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam, utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatae vel heredem. Et si primo tota re relicta tertiam partem secundo reliquerit, secundum praedictum modum octo quidem uncias vel agri vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, id est in hereditatibus vel legatis vel fideicommissis: vestigia enim voluntatis testatoris non aliter nisi per huiusmodi viam aestimanda sunt. Diese Constitution hat von jeher verschiedene Auslegungen erfahren. Aufgezählt und beurtheilt sind dieselben von Schrader, Civil. Abh. Bd. 2. Nr. 4 § 5. Nach der Ansicht dieses Schriftstellers ist die Vorschrift der c. 23. § 1 cit. nicht auf den in ihr erwähnten Fall zu beschränken, sondern auf jeden Fall anzuwenden, wo der Testator mehr als das Ganze vergabt hat, aber nur unter der Voraussetzung, daß die verschiedenen Dispositionen an verschiedenen Stellen im Testament gemacht seien; wo dies uno tenore d. h. unmittelbar hintereinander geschehen sei, müßte das Reductionsprincip des Pandektenrechts (S. 489 Note 4 u. 5) zur Anwendung kommen. Ob die spätere Erbeinsetzung nach einem Zwischenraum gemacht ist, oder sich unmittelbar an die frühere anschließt, das ist in der That kein sicheres Kriterium für den Willen des Testators; er kann auch im letzten Fall die Minderung der früheren Erbeinsetzung gewollt haben. Gegen Schrader erklärt sich deßhalb Mühlenbruch a. a. O. S. 127 ff.; er will Justinian's Vorschrift buchstäblich verstehen, also nur auf den in ihr erwähnten Fall angewandt wissen; ebenso, wie es scheint, Windscheid, a. a. O. Note 12. Gegen Schrader erklären sich auch v. Bangerow, Pand. § 449 Anm. 3 sub I. B. 1. b und Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 172 Anm. 23: jener will Justinians Vorschrift anwenden, wenn die erste Erbeinsetzung auf das Ganze (in totum) gerichtet sei, dagegen das Pandektenrecht, wenn der Erblasser den ersten Erben ex duodecim unciis oder ex asse instituirt habe, während Sintenis auch diesen Fall unter Justinian's Vorschrift stellt, weil, wie er mit Recht annimmt, das in den Worten der c. 23: cum enim manifestissimum etc. enthaltene Beispiel nur für identisch mit dem in der

Abſicht kann auch da vorliegen, wo der erſte Erbe nicht auf das Ganze, ſondern wie die nachfolgenden nur auf eine Quote eingeſetzt iſt. Deßhalb muß Juſtinian's Vorſchrift auch auf dieſen Fall und überall zur Anwendung kommen, wo es keinem Zweifel unterliegt, daß der Erblaſſer den Willen hatte, frühere Erbeinſetzungen durch die nachfolgenden zu vermindern [1].

Hat der Erblaſſer neben Erbeinſetzungen pro parte, durch

Note 4 S. 489 citirten Pandektenſtelle zu halten ſei. Man wird bei dieſer Streitfrage nicht außer Acht laſſen dürfen, daß es ſich bei den Entſcheidungen in den Pandekten, wie in der c. 23 § 1 cit. um Interpretationsgrundſätze handelt, deren Anwendung davon abhängt, daß die vestigia voluntatis testatoris non aliter nisi per huiusmodi viam aestimanda sunt. Das ergiebt ſich aus dem Schluß der c. 23 cit. § 2a: in omnibus testatoris voluntatem, quae legitima est, dominari censemus.

[1] Nach dem Fall, den Juſtinian in der c. 23 § 1 cit. entſcheidet, würde, wenn der Teſtator geſagt hätte: A ſoll mein Erbe ſein auf die ganze Erbſchaft, B auf $^3/_4$, dieſer ſeine $^3/_4$ voll erhalten, alſo A nur $^1/_4$. Dieſe Entſcheidung muß aber auch maßgebend ſein, wenn z. B. der Teſtator geſagt hätte: A ſoll mein Erbe auf $^1/_8$, und B ſoll mein Erbe ſein auf $^3/_4$; hier würde auch A nur $^1/_4$ erhalten, wenn ſich der Wille des Teſtators nachweiſen läßt, daß er durch die Erbeinſetzung des B die des A vermindern wollte; ſofern ſich dies aber nicht nachweiſen läßt, muß das Reductionsprincip des Pandektenrechts Platz greifen. Aus der Verfügung ſelbſt wird ſich jener Nachweis kaum jemals führen laſſen, ſondern nur aus dem anderweitigen Inhalt des Teſtaments; vgl. l. 54 i. f. D. de H. I. (28. 5). Denkbar wäre die auf Verminderung einer früheren Erbeinſetzung gerichtete Abſicht des Teſtators auch bei folgender Verfügung: A ſoll mein Erbe ſein auf $^1/_8$, B auf $^1/_8$, C zu $^3/_4$, D zu $^1/_8$. Es wäre möglich, daß der Teſtator zuerſt den A und den B durch den C auf $^3/_4$ beſchränken wollte, und dann den A, B und C durch den D auf $^4/_8$. Dieſe voluntas würde, da ſie eine legitima wäre, unzweifelhaft Geltung haben, wenn ſie ſich nachweiſen ließe, andernfalls muß das Reductionsprincip des Pandektenrechts zur Anwendung kommen. Ausgeſchloſſen iſt die auf Verminderung gerichtete Abſicht ſelbſtverſtändlich, wenn mehreren Erben die ganze Erbſchaft zugewandt iſt; hier erhält jeder von ihnen einen Kopftheil, auch wenn der Teſtator einen der Erben nicht bloß einmal, ſondern öfter in ſeinem Teſtament inſtituirt hat, c. 23 cit. § 2a. Ebenſo würde dieſe Abſicht ausgeſchloſſen ſein, wenn er z. B. geſagt hätte: A ſoll von meiner Erbſchaft zwei, B drei, C vier, D fünf, E ſechs Theile erhalten; hier würden zwanzig Theile zu machen ſein, vgl. l. 13 § 6 D. de H. I. (28. 5). Mühlenbruch a. a. O. S. 132.

erklären. Es ist nicht erforderlich, daß das Wort „Erbe" in der Erklärung gebraucht ist, und es folgt aus dem Gebrauch dieses Wortes nicht nothwendig, daß der Erblasser eine Erbeinsetzung, kein Vermächtniß wollte[1]. Es ist auch nicht erforderlich, daß der Berufene mit seinem Namen bezeichnet wird[2]: es genügt jede Bezeichnung, aus der seine Person mit Sicherheit entnommen werden kann[3], auch die Bezeichnung in einer besonderen formlosen Urkunde, auf welche bei der Erbeinsetzung im schriftlichen Testa-

---

weil ohne diese die Willensmeinung des Testators nicht mit hinreichender Gewißheit zu erkennen sei; sie stellen deshalb den Satz auf: positus in conditione non positus est in dispositione, unter Bezugnahme auf l. 19 D. de H. I. (28. 5), l. 16 § 1 D. de vulg. subst. (28. 6). Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 234 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 172 Anm. 4, Puchta, Vorles. § 473 sub 1, Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 372 S. 80, Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 152. Die heute herrschende Ansicht beantwortet dagegen die Frage dahin: es entscheiden die Umstände des einzelnen Falles darüber, ob der Testator den in conditione positus hat bedenken wollen, also ob seine Anordnungen eine diesem Willen entsprechende Interpretation zulassen oder nicht, v. Bangerow, Pand. § 449 Anm. 1, Windscheid, Pand. § 546 Anm. 11, Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 165, Bd. 23 Nr. 150.

[1] Die Worte „Erbe" und „erben" werden ebenso wie „Vermächtniß" und „vermachen" im gewöhnlichen Leben bei allen Zuwendungen auf den Todesfall gebraucht, deshalb entscheidet nur der Inhalt der Zuwendung darüber, ob sie eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtniß ist. Wenn der Erblasser z. B. sagt: ich vermache dem X. mein ganzes Vermögen, oder ich hinterlasse es ihm, so ist diese Verfügung eine Erbeinsetzung, weil sie die Berufung eines direkten Universalsuccessors enthält, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 232 ff., Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 157, Bd. 13 Nr. 153, Bd. 32 Nr. 62, Bd. 33 Nr. 140.

[2] Die Vorschrift Justinians für das schriftliche Testament, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, § 4 i. f. I. de test. ord. (2. 10), c. 29 C. de testam. (6. 23) ist von ihm selbst in Nov. 119 c. 9 aufgehoben worden; ebenso die ursprüngliche Bestimmung, nach welcher die Erbeinsetzung im Testament anderen letztwilligen Verfügungen vorausgehen mußte. Gaius II. 229. § 34 I. de leg. (2. 20), c. 24 C. de testam. (6. 23).

[3] l. 9 § 8 D. de H. I. (28. 5) . . . indubitabili signo, . . ., quod paene nihil a nomine distat. Aber die Bezeichnung blos durch ein Schimpfwort macht die Erbeinsetzung nichtig (S. 475 Note 1 ff.).

ment vom Erblaſſer Bezug genommen iſt[1]: ſ. g. myſtiſches Teſtament[2].

Zu einer gültigen Erbeinſetzung gehören demgemäß zwei Erforderniſſe: die Berufung eines directen Univerſalſucceſſors[3], welche den in § 73 entwickelten allgemeinen Grundſätzen über den Inhalt eines letzten Willens entſpricht, und die Berufung eines Univerſalſucceſſors, der Erbfähigkeit und Capacität zu den Zeiten

---

[1] l. 10 pr. D. de cond. inst. (28. 7) . . . . . haec institutio, quae testamento data esset, proinde si ita scripserit: „cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto“ pari ratione dicendum erit institutionem valere nullo iure impediente. l. 78 (77) D. de H. I. (28. 5), l. 38 D. de cond. et dem. (35. 1), l. 12 D. de b p. s. t. (37. 11). Die Erbeinſetzung ſelbſt, alſo der Wille, daß Jemand Erbe ſein ſoll, muß im Teſtament ausgeſprochen ſein (testamento data), aber die Erklärung, welche Perſon der Erbe ſein und welchen Erbtheil ſie erhalten ſoll, dieſe declaratio kann in einem formloſen Aufſatz (codicillis) gemacht und vorbehalten werden. Dieſe Vorſchrift hat durch die im neueſten röm. Recht eingeführte Codizillarform (c. 8 § 3 C. de codic. (6. 36), c. 28 i. f. C. de testam. (6. 23), Not. Ordn. von 1512 Tit. II § 2) keine Aenderung erfahren; ſie bezieht ſich nur auf ſolche Codicille, in welchen die letztwillige Verfügung ſelbſt angeordnet wird, d. i. auf die jetzt ſ. g. Codicille im engern und eigentlichen Sinne, nicht auf bloße Erläuterungen der bereits im Teſtament oder in einem ſolchen Codicill angeordneten Verfügungen; vgl. l. 21 § 1 D. qui test. fac. (28. 1), l. 25 (26) D. de reb. dub. (34. 5), Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 55.

[2] Das testamentum mysticum wird auch als testamentum implicitum oder relatum oder relativum bezeichnet. Die Zuläſſigkeit eines mündlichen testamentum mysticum iſt beſtritten. Gegen dieſelbe mit Recht Glück a. a. O. Bd. 35 S. 13 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 171 Anm. 40 u. die dort Citirten, weil nach röm. Recht wie nach der N. O. beim mündlichen Teſtament den Zeugen der Inhalt desſelben, insbeſondere auch die Namen der Erben, vom Teſtator bekannt gegeben werden müſſen, l. 21 pr. D. de H. I. (28. 5), c. 21 § 4, c. 26. 29 C. de test. (6. 23), N. O. Tit. II § 8. Für die Zuläſſigkeit erklären ſich namentlich Windſcheid, Pand. § 546 Note 10 und die dort Citirten, Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 372 Note 46, aber die Argumentationen, auf welche ſie ſich ſtützen, ſind den citirten Vorſchriften gegenüber nicht ſtichhaltig. Vgl. v. Holzſchuher, Theor. u. Caſ. des gem. Civilr. Bd. 2 § 162.

[3] Dieſe kann auch dann vom Erblaſſer gewollt ſein, wenn er eine Perſon zum Erben auf einzelne Vermögensſtücke eingeſetzt hat; von dieſer heredis institutio ex re certa handelt § 77.

hat, wo diese Fähigkeiten nach den Ausführungen in § 3 vorhanden sein müssen[1].

Neben den erbfähigen Personenvereinen sind erbfähige Vermögen, welche wie diese Vereine als juristische Personen bezeichnet werden, weil auch sie Personenstelle vertreten, nur die Stiftungen. Die hereditas iacens[2] hat keine Erbfähigkeit[3].

Die Erbeinsetzung einer Stiftung ist in doppelter Weise möglich[4]: so, daß der Erblasser eine schon existirende Stiftung instituirt, und so, daß er die Stiftung erst durch die Erbeinsetzung errichtet[5]. Wenn er in seinem Testament z. B. erklärt, daß er sein

---

[1] Ueber die Zeiten, wo der instituirte Erbe die testamentarische Erbfähigkeit haben muß, vgl. § 3 S. 65, über die Personen, welchen diese Fähigkeit fehlt, und über die Wirkung der Erbunfähigkeit auf die Erbeinsetzung des Instituirten und die ihm hinterlassene Erbschaft S. 66; über die Zeit, wo die Capacität des Instituirten vorhanden sein muß, und über die Personen, denen sie fehlt, sowie über die Wirkungen der Incapacität vgl. S. 67 ff.

[2] Vgl. § 2 S. 45 ff., S. 56 Note 2. 3.

[3] Vgl. § 3 S. 66 Note 4.

[4] Ueber den hier nicht in Rede stehenden Fall, wo Erben oder Legataren die Auflage gemacht ist, eine Stiftung zu errichten, vgl. c. 46 C. (1. 3). Nov. 131 c. 10, l. 50 § 1 D. de H. P. (5. 3), l. 92 D. de cond. (35. 1).

[5] Eine eingehende Erörterung der Frage, ob auch eine erst durch den letzten Willen zu errichtende Stiftung zum Erben eingesetzt werden könne, veranlaßte das Testament des Kaufmanns Städel in Frankfurt a. M. vom Jahre 1815. Dasselbe enthielt folgende Verfügung: „Meine Sammlung von Gemälden, Handzeichnungen, Kupferstichen und Kunstsachen sammt dazu gehörigen Büchern soll die Grundlage eines zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft hiermit von mir gestiftet werdenden Städelschen Kunstinstituts sein. Dieses Städelsche Kunstinstitut setze ich zu meinem Universalerben in meinen gesammten dereinstigen Nachlaß an beweglichem und unbeweglichem Vermögen hiermit ein.“ Die Gültigkeit einer solchen Erbeinsetzung wird von manchen Juristen in Abrede gestellt, namentlich von Mühlenbruch in seiner Schrift: Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Halle 1828 und in Glück's Commentar Bd. 39 S. 451 ff., Bd. 40 S. 1 ff., S. 47 ff., von Roth in Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 209 u. von Schirmer, Erbr. § 4 S. 32. Sie kommen bei der Begründung ihrer Ansicht zu verschiedenen Resultaten, aber darin stimmen sie überein, daß, abgesehen von den besonderen Bestimmungen über die Gültigkeit der Zuwendungen an piae causae (s. die folgende Note), durch Testament eine Stiftung als selbständiges

ganzes Vermögen oder eine Quote deſſelben den „Armen“ hinterlaſſen wolle, ſo enthält dieſe Erbeinſetzung einerſeits die Erforderniſſe für die Errichtung einer Stiftung mit juriſtiſcher Perſönlichkeit durch Feſtſtellung des Stiftungszwecks und der zur Ausführung deſſelben beſtimmten Vermögensmaſſe, andererſeits die Berufung dieſer Stiftung zur Univerſalſucceſſion in die Erbſchaft[1].

Rechtsſubject nicht errichtet, alſo auch in demſelben nicht honorirt werden könne, weil die Entſtehung einer Stiftung Staatsgenehmigung vorausſetze und das Erforderniß der Exiſtenz des Honorirten zur Zeit der Teſtamentserrichtung und zur Zeit der Delation keine Ausnahme zulaſſe. Mühlenbruch bei Glück, Bd. 40 S. 76 hält aber die Erbeinſetzung einer Stiftung unter der Bedingung ihrer künftigen Exiſtenz durch nachfolgende Staatsgenehmigung für gültig, während Roth a. a. O. S. 211 dies verneint, weil es kein Rechtsſatz gebe, der dieſer Genehmigung rückwirkende Kraft einräume.

[1] c. 48 (49) pr. C. de episc. et cler. (1. 3). Si quis . . cum desiderat totam suam substantiam pro redemptione captivorum relinquere, eos ipsos captivos scripserit heredes, ne videatur, quasi incertis personis heredibus institutis (cf. c. un. C. de incert. person. 6. 48), iudicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus, huius talem institutionem pietatis intuitu valere. § 1. Sed et si pauperes quidam scripserit heredes et non inveniatur certum ptochium vel certae eccleciae pauperes, de quibus testator cogitaverit, sed sic incerto vocabulo pauperes fuerint heredes instituti, simili modo et huiusmodi institutionem valere decernimus. Dieſe Stelle zeigt, daß das römiſche Recht Erbeinſetzungen zu Gunſten der Gefangenen und der Armen nicht beanſtandete, alſo nach der Ausdrucksweiſe unſerer heutigen Rechtswiſſenſchaft zuließ, Stiftungen mit juriſtiſcher Perſönlichkeit zu Gunſten der Gefangenen und der Armen durch Erbeinſetzung ohne Staatsgenehmigung zugleich zu errichten und zu honoriren; dabei beſtimmte es auch, wer die Erbſchaft Zwecks Ausführung des Stiftungszwecks an ſich nehmen und verwalten ſolle, c. 48 cit., § 2. 3, c. 24. 28 C. eod. Nov. 131 c. 10. 11. Aus der Ausdehnung der Vorſchrift von den captivi auf die pauperes ergiebt ſich, daß in derſelben ein allgemeines Princip für Stiftungen überhaupt anerkannt werden ſollte. Daher muß dasſelbe heute für alle bei uns vorkommenden Stiftungen, milde wie gemeinnützige, Geltung haben. Viele Juriſten haben ſich denn auch für die Zuläſſigkeit einer derartigen Erbeinſetzung erklärt: Elvers, Theoret.-prakt. Erörter. aus der Lehre von der teſtamentar. Erbfähigkeit, insbeſondere juriſtiſcher Perſonen, Göttingen 1827, Northoff in ſeiner Schrift: Die Gültigkeit der Erbeinſetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Teſtament des weil. Landrentmeiſters Blum zu Hildesheim, Göttingen 1833, und unter den

gewiesenen res certae die Erbschaft nicht, und ist gleichwohl die Intention des Erblassers auf die Hinterlassung solcher Prälegate gerichtet so beschränkt sich die actio familiae erciscundae nicht auf die Adjudication dieser Sachen[1]. In dem einen wie in dem andern Fall ist aber auch möglich, daß der Testator in den Erbeinsetzungen ex certa re die Anordnung von Universal- und Singularvermächtnissen aussprechen wollte. Seine Absicht konnte auch dahin gehen, daß die Instituirten nur Erben werden sollen, um die Erbschaft an andere Personen als Universalvermächtniß herauszugeben und von diesen die certae res als Singularvermächtnisse zurück zu empfangen. Die Verwirklichung dieser Willensmeinung macht ebenfalls eine ihr entsprechende Correctur der Erbeinsetzungen nöthig: auch hier sind die certae res als nicht beigefügt anzusehen, so daß die auf sie instituirten Erben als heredes sine parte scripti Erben ex aequis partibus werden, denen stillschweigend die Restitution ihrer Erbportionen als Universalvermächtniß an die aus der Verfügung des Erblassers erkennbaren Personen auferlegt, und die res certa als Singularvermächtniß hinterlassen ist[2]. Es ist also, wenn der Erblasser Notherben hat,

---

fuerit scriptus, officioque iudicis adtribuentur singulis res quae adscriptae sunt, erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. Dieselbe Entscheidung gilt für den Fall, wo der eine Erbe auf die bona materna, der andere auf die an einem andern Ort befindlichen bona paterna instituirt ist, l. 79 (78) pr. D. eod . . . iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent. doli ratione quadranti retinendo compensetur. Vgl. § 40 S. 244. Gegen Padelletti a. a. O. S. 20 ff., der wegen der Worte vice praceptionis unerhebliche Einwendungen gegen die Annahme eines Prälegats erhebt, vgl. Arndts a. a. O. S. 422 Note 57.

[1] Arndts a. a. O. S. 426.

[2] Die stillschweigenden Universalfideicommissare sind selbstverständlich nicht nothwendig die Intestaterben. Einen Fall, wo es die in einem früheren Testament eingesetzten Erben sind, enthalten § 3 I. quib. mod. test. inf. (2. 17). l. 30 (29) D. ad S. C. Treb. (36. 1). Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen sublatum est, ut divi quoque Severus et

denen er die Ehre der Erbeinſetzung erweiſen muß, denen er aber den Pflichttheil nicht durch dieſe, ſondern durch Vermächtniß hinterlaſſen will, die heredis institutio ex certa re eine zu dieſem Zweck geeignete Verfügung[1].

Antoninus rescripserunt, cuius constitutionis verba retuli . . .: „Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet". Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum. Aus dieſer Stelle ergiebt ſich, daß aus der heredis institutio ex certa re im zweiten Teſtament nicht ohne Weiteres die Beſtätigung des erſten Teſtaments und damit die Anordnung des Fideicommiſſes an die darin inſtituirten Erben zu entnehmen iſt, ſondern daß dieſelbe eine darauf gerichtete Erklärung des Teſtators vorausſetzt, eine ausdrückliche oder nach den Grundſätzen über die fideicommissa eine ſtillſchweigende, die vorliegt, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum. Es können alſo in dem Fall der l. 30 cit. z. B. auch die Inteſtaterben die Univerſalfideicommiſſare ſein, ſofern dieſer Wille des Teſtators im zweiten Teſtament ſpeciell zum Ausdruck gekommen iſt; und es wäre auch denkbar, daß ſich aus dem zweiten Teſtament der Wille des Erblaſſers erkennen läßt, es ſolle der Erbe auf die certa res weder zu Gunſten der im früheren Teſtament eingeſetzten Erben, noch zu Gunſten der Inteſtaterben beſchränkt ſein, daß ſich aber nicht ermitteln ließe, zu weſſen Gunſten dieſe Beſchränkung eintreten ſoll, dann müßte er natürlich ſeinen Erbtheil ohne jede Auflage erhalten. Der Inhalt der l. 30 cit. bietet hiernach keine Schwierigkeiten, gleichwohl wird über die Frage geſtritten, ob ſchon darin, daß der im zweiten Teſtament berufene Erbe auf eine certa res eingeſetzt iſt, eine ſtillſchweigende Beſtätigung des erſten Teſtaments und ſomit die Anordnung des in Rede ſtehenden Fideikommiſſes zu erkennen ſei? vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 472 ff., Fein in Glück's Comment. Bd. 45 S. 267 ff., Reuner a. a. O. S. 74 ff., v. Bangerow, Pand. II § 460 sub II, Padelletti a. a. O. S. 87 ff., Arndts a. a. O. S. 416 ff.

[1] Nov. 115 c. 5 pr. Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus iis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a paren-

II. Es sind mehrere Erben eingesetzt sämmtlich auf Quoten verschiedener certae res[1] oder derselben certa res[2]. Dieser Fall unterliegt der gleichen rechtlichen Beurtheilung wie der vorige, nur daß sich hier die Interpretation auch auf die Frage erstrecken muß, ob der Testator durch die quoten Theile der Sache auch die Erbquoten bezeichnen wollte[3].

III. Es sind einige Erben sine parte oder ex certa parte instituirt, die andern ex certis rebus. Bei dieser Dispositon geht der Wille des Testators unzweifelhaft dahin, daß die ex certis rebus Instituirten seine Erben sein, aber doch nur die certae res als Legatare erhalten sollen, ohne jeden Antheil an den Berechtigungen und Verpflichtungen aus den actiones hereditariae, wie wenn der Testator gesagt hätte, jeder

---

tibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre . . . quia et ipsi parentes . . . a suis filiis optant honorari. § 3 I. de inoff. test. (2. 18), c. 30 pr., c. 36 pr. C. h. t. (3. 28).

[1] l. 10 D. de H. I. (28. 5) Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent: nec enim facile ex (Flor. sed) diversitate pretii partium (Flor. pretium) portiones inveniuntur: ergo expeditius est quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset. Statt sed lieſt ſchon Hal. ex und ſtatt pretium l. Taur. partium; für die Lesart pretii partium erklärt ſich gewiß mit Recht Mommſen in ſeiner Digeſtenausgabe. Vgl. über ſonſtige Conjecturen Reuner a. a. O. S. 135 ff., Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 181 ff.

[2] l. 11 D. eod. „Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto.“ Habebunt duo Titii semissem, Attius semissem; idque Proculo placet; quid tibi videtur? Respondit: vera est Proculi opinio. Ueber die hier vorliegende coniunctio vgl. § 30 S. 192 ff.

[3] l. 9 § 13 D. eod. Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur. Die Schlußworte weiſen darauf hin, daß es eine Interpretionsfrage iſt, ob der Teſtator durch die quoten Theile des Grundſtücks die Erbquoten bezeichnen wollte. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 180, v. Bangerow a. a. § 449 Anm. 2 sub II.

von ihnen ſolle pro sua institutione mit der bezeichneten certa res zufrieden ſein[1]. Zwecks Realiſirung dieſes Willens bedarf die vitiöſe Erbeinſetzung folgender Rectification: die res certae gelten

[1] c. 13 C. de H. I. (6. 24) Iustinian. Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occassione heredum ex re certa scriptorum fieri. Dieſe vielbeſprochene Conſtitution Juſtinians iſt ein Reſcript, welches keine neue Rechtsregel aufſtellt, ſondern lediglich die bereits im Pandektenrecht entwickelten Grundſätze über die Reſtitution eines Univerſalvermächtniſſes ex SC. Trebelliano zur Anwendung bringt. Dies erhellt zur Evidenz aus den in den nachfolgenden Noten citirten Digeſtenſtellen. Die heute herrſchende Doctrin adoptirt die Interpretation von Neuner a. a. O. S. 385 ff.: mit ihm nimmt ſie an, der ex re certa Eingeſetzte werde nie heres fiduciarius, der ſeinen Erbtheil den Miterben zu reſtituiren und von ihnen die certa res als Singularvermächtniß zurückzuempfangen habe, aber nach Juſtinian's neuer Vorſchrift in c. 13 cit. ſolle das Univerſalvermächtniß hier von den Miterben ſofort ohne Reſtitution Seitens des ex re certa Eingeſetzten erworben werden, vgl. v. Bangerow a. a. O. § 449 Anm. 2 sub III. 2, Arndts in Glück's Comment. Bd. 47 S. 432 ff., Windſcheid, Pand. § 553 Note 11, Seuffert, Arch. Bd. 30 Nr. 157. Von einer ſolchen neuen Vorſchrift, die bei der jederzeit erzwingbaren Reſtitution des Univerſalvermächtniſſes ganz bedeutungslos ſein würde, enthält Juſtinian's Reſcript in der That kein Wort. Auch der neueſte Schriftſteller Schwing a. a. O. theilt Neuner's Anſicht, nur mit der Abweichung, daß er Juſtinian in der c. 13 cit. zwei Reformen anordnen läßt: neben der Beſtimmung, daß das Univerſalvermächtniß ohne Reſtitution übergehen ſolle, auch die, daß der Uebergang nach dem SC. Trebellianum zu erfolgen habe, während bis dahin das SC. Pegasianum maßgebend geweſen ſei. Die darauf gerichtete Beweisführung hat keine Anhänger gefunden, vgl. Brinz, Krit. V. J. Schr. a. a. O. S. 576, Windſcheid a. a. O. Eine ältere Meinung über den Sinn der c. 13 cit., zu der Padelletti a. a. O. zurückgekehrt iſt, findet in derſelben die Beſtimmung, dem ex re certa Eingeſetzten ſolle die Erbenqualität ganz entzogen ſein, er ſolle in allen Beziehungen als bloßer Legatar angeſehen werden, vgl. die bei v. Bangerow a. a. O. sub III citirte Literatur, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 347 a. E., Bd. 37 Nr. 48 (R. G.) und gegen

als nicht hinzugefügt, die auf sie Instituirten zählen in Folge dessen zu den heredes sine parte scripti und werden mit diesen ex aequis partibus Erben, müssen aber als Fiduciare ihre Erbtheile an die sämmtlichen Miterben als Universalvermächtnisse restituiren und dagegen von ihnen die res certae als Legate zurück empfangen[1]. Durch die Restitution ihrer Erbtheile hören sie nicht auf, Erben zu sein[2], aber es gilt für sie der Satz des SC. Trebellianum: ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quae iure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum praetor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit[3]. Nach diesem Satz wird der heres fiduciarius von jedem Antheil an den actiones

---

Padelletti die Ausführungen von Schwing a. a. O. S. 73 ff., Windscheid, Krit. V. J. Schr. a. a. O. und Brinz, Pand. § 372 Note 27. — Brinz bekennt sich im Resultat auch zu Reuner's Ansicht, aber in der Begründung weicht er von ihm ab: er hält es für überflüssig, das Ergebniß der c. 13 cit. durch ein stillschweigendes Universal- und Singularvermächtniß zu vermitteln, und will aus jener Constitution die Vorschrift entnehmen, es solle der Uebergang der Forderungen und Schulden ausschließlich auf die richtig eingesetzten Erben ipso iure eintreten ohne Cessions- und Cautionsauflagen von Seiten des Theilungsrichters, l. 2 § 2 D. fam. erc. (10. 2).

[1] l. 69 pr. D. de legat. (31). „Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis." Fideicommissum valere placuit idque rescriptum est. Quid ergo si, cum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: „peto pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis?" Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, cum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus non est testator locutus. Idem dicemus, si, cum ex asse scripsisset heredem eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: „peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis". l. 11 § 4 D. de leg. (32).

[2] § 3 I. de fideic. heredit. (2. 23) . . . nihilo minus heres parmanet. Vgl. § 32 S. 204.

[3] § 4 I. eod.

hereditariae nicht bloß dann ausgeſchloſſen, wenn er ſeinen ganzen Erbtheil freiwillig oder in Folge erzwungenen Erbſchaftsantritts reſtituirt[1], ſondern auch dann, wenn er ihn nach Anordnung des Teſtators re deducta sive praecepta reſtituiren, alſo nur die res deducta als Legat erwerben ſoll, mag dieſe die Quarta Trebelliana decken[2] oder nicht[3], während er, wenn die Reſtitution der Erbſchaft unter Zurückbehaltung der Quart oder einer noch größeren Quote angeordnet iſt, zu der Quart oder zu dieſer Quote aus den actiones hereditariae berechtigt und verpflichtet wird[4]. Aber Erbe iſt er als Fiduciarius nicht bloß hier, ſondern auch dort[5].

---

[1] § 7. 8 I. eod.

[2] § 9 I. eod. Si quis una aliqua re deducta sive praecepta, quae quartam continet, veluti fundo vel alia re rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano SCto restitutio fiat, perinde ac si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu id est cum deducta sive praecepta aliqua re restituitur hereditas, in solidum ex eo SCto actiones transferuntur et res quae remanet apud heredem sine ullo onere hereditario apud eum manet quasi ex legato ei acquisita, altero vero casu id est cum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem et restituit, scindantur actiones et pro dodrante quidem transferantur ad fideicommissarium, pro quadrante remaneant apud heredem. Dieſe in den Inſtitutionen berichtete Unterſcheidung machte bereits das Pandektenrecht, l. 31 § 3 D. ad SC. Trebell. (36. 1). l. 1 § 2 D. eod.

[3] l. 31 (30) § 4 D. eod. Et heres institutus rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re, etiamsi in praeceptione minus quam quarta pars esset, non amplius principem pati vindicaturum. l, 31 § 5 D. eod. Der Teſtator konnte alſo durch eine ſolche Verfügung ſchon vor der Nov. 1 cap. 2 § 2 den Anſpruch des heres fideicarius auf die Quarta Trebelliana ausſchließen; v. Bangerow, Pand. § 449 Anm. 2 sub III. 3. a. überſieht dies.

[4] l. 65 (63) § 3 D. ad SC. Treb. (36. 1). Si quis maiorem partem restituerit quam rogatus est, in eam partem, quae excedit, non transferuntur actiones. Sed cum praecepta aliqua re aut summa rogatus sit heres restituere et omissa retentione totam hereditatem restituerit, recte dicitur transferri actiones.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 30 Nr. 157. Deshalb kann er nicht gültiger Teſtamentszeuge ſein.

Als Legatar ist er nur zu behandeln in dem Verhältniß zu den Erbschaftsgläubigern und Erbschaftsschuldnern und hinsichtlich des Erwerbs der res certa, der für ihn nach den Grundsätzen des dies legati cedens und veniens[1] und mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln eines Legatars erfolgt, dagegen den übrigen eingesetzten Erben gegenüber gilt er als Erbe nicht bloß in dem Fall, wenn sie wegfallen, sondern auch, wenn sie angetreten haben[2]. Fallen sie weg, so greift für ihn das Accrescenzrecht Platz[3], treten sie an, so begründet die communis successio zwischen ihm und ihnen die actio familiae erciscundae auf Auseinandersetzung durch den Theilungsrichter. Dieser muß die Erbschaftsforderungen wie die Erbschaftsschulden ganz auf die richtig eingesetzten Erben übertragen, und der Sacherbe erhält nur die certa res[4] ohne Anspruch auf die Quarta Trebelliana[5]. aber eventuell mit der actio suppletoria gegen die richtig eingesetzten Erben auf Ergänzung seines Pflichttheils[6], während er selbst wegen seiner Beschränkung auf die certa res den Miterben auf diese Ergänzung nicht haftet, weil sie eine auf der Erbschaft lastende Schuld ist[7]. Dagegen das Collationsrecht, welches schon durch die Zuwendung des Collationsobjects begründet wird, kommt auf den Sacherben passiv wie activ zur Anwendung[8].

IV. Es ist nur ein einziger Erbe eingesetzt und dieser auf eine certa res[9]. Hier ist nach den bisher ent-

---

[1] l. 75 § 1 D. de legat. (31).

[2] Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 51.

[3] Seuffert Arch. Bd. 7 Nr. 335, vgl. § 30 S. 188 ff., S. 192 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 172 Note 21 a. E.

[4] arg. l. 35 pr. D. de H. I. (28. 5). vgl. S. 495 Note 1.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 30 Nr. 157.

[6] Nov. 115 c. 5, vgl. S. 497 Note 1.

[7] Seuffert Arch. Bd. 37 Nr. 48, Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 36 S. 21 ff., Francke, Recht der Notherben S. 330 ff.

[8] Vgl. § 41 S. 252 ff., v. Bangerow a. a. O. § 449. Anm. 2 sub III 3. a.

[9] l. 1 § 4 D. de H. I. (28. 5). Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.

wickelten Grundſätzen durch Interpretation feſtzuſtellen, ob der Erblaſſer durch die Erbeinſetzung nur ein Vermächtniß an den Inſtituirten ſeinen Inteſtaterben auflegen wollte, oder ob ſeine Intention dahin gerichtet war, der Inſtituirte ſolle Erbe werden, aber die ganze Erbſchaft als Univerſalvermächtniß an die Inteſtaterben oder an andere Perſonen reſtituiren und von dieſen die certa res als Singularvermächtniß wiedererhalten[1]. Fehlt es an Anhaltspunkten für die eine oder andere Abſicht des Erblaſſers, ſo iſt der Inſtituirte Univerſalerbe ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset[2].

Selbſtverſtändlich müſſen dieſe Principien für die heredis institutio ex certa re Anwendung finden auch auf jeden andern heres in re singulari, alſo namentlich auf den, der auf den Nießbrauch der Erbſchaft als Erbe eingeſetzt iſt[3].

Die Erbeinſetzung excepta re certa oder excepto usufructu[4] iſt keine Berufung zur Succeſſion in singulas res, und keine heredis institutio auf certae res,[5] ſondern enthält eine Berufung zur Erbfolge. Dieſe iſt aber durch die hinzugefügte

---

[1] Vgl. S. 495 Note 1 a. E.

[2] l. 41 § 8 i. f. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6) Vgl. Neuner a. a. O. S. 22, v. Bangerow a. a. O. § 449 Anm. 2 sub I.

[3] Vgl. Neuner a. a. O. S. 548 ff., v. Bangerow a. a. O. § 449 Anm. 2 sub III. A, Glück, Pandekten-Comment. Bd. 9 S. 182 ff., Mühlenbruch ebenda Bd. 40 S. 183 ff., Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 172 Anm. 22, Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 141. — Heute gelten die entwickelten Grundſätze auf Grund des Reichsmilitärgeſetzes vom 2. Mai 1874 auch für Soldatenteſtamente. Wie es ſich bei dieſen nach römiſchem Recht verhält, iſt beſtritten, vgl. Neuner a. a. O. S. 485, v. Bangerow a. a. O. § 449 Anm. 2 sub III. C., Windſcheid, Pand. § 553 a. E. und dagegen Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 372 Note 29 ff.

[4] l. 75 (74) D. de H. I. (28, 5). l. 86 pr. D. de legat. (31); ſ. unten S. 504 Note 2 u. 3.

[5] Als eine Art der heredis institutio ex certa re wird ſie irrthümlich aufgefaßt von Neuner a. a. O. S. 37 ff., und v. Bangerow a. a. O. § 449 Anm. 2 sub III. B; nur die excepta res iſt eine res certa, vgl. Brinz a. a. O. § 372 Note 38 ff., Mandry, Arch. f. civ. Pr. Bd. 51 S. 83 ff., Windſcheid, Pand. § 553 Note 1.

exceptio auch in einer vitiösen Erbeinsetzung erfolgt, weil den Gegenstand der Universalsuccession als der juristischen Form für die Erbfolge zugleich die ganze Erbschaft und die Erbschaft als Ganzes bildet[1]. Die Herausnahme einzelner res hereditariae oder des ususfructus aus dem universum ius kann durch den Willen des Erblassers nur auf dem Wege des Vermächtnisses geschehen. Für diese vitiöse Erbeinsetzung gilt ebenfalls der Grundsatz: es muß aus ihr durch Interpretation der Wille des Testators ermittelt und, soweit er eine voluntas legitima ist, durch eine entsprechende Correctur aufrecht erhalten werden. Erhellt also, zu wessen Gunsten die exceptio gemacht ist, so enthält die Disposition neben der Erbeinsetzung die Anordnung eines Singularvermächtnisses[2], erhellt das nicht, so ist die exceptio eine juristisch unzulässige Beschränkung der Erbfolge und gilt als solche für nicht hinzugefügt.[3]

e. Nebenbestimmungen.*

§ 78.

Die Nebenbestimmungen, welche bei einer Erbeinsetzung in

[1] Vgl. Einleitung S. 13 u. § 32.

[2] l. 86 pr. de legat. (31). „Gaius Seius pronepos meus heres mihi esto ex semisse bonorum meorum excepta domu mea et paterna, in quibus habito, cum omnibus quae ibi sunt: quae omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere.“ Quaero, cum sit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an haec omnia, quae illic inveniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Paulus respondi, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia, in ceteris vero nullum pronepoti locum esse.

[3] l. 75 (74) D. de H. I. (28. 5). Si ita quis heres institutus fuerit: „excepto fundo, excepto usufructu heres esto“ perinde erit iure civili, atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est. Vgl. Mandry a. a. O. S. 92 ff., S. 96 ff., Arndts in Glück's Comm. Bd. 47, 1. Abth. S. 42 ff., 2. Abth. S. 382 ff., Mühlenbruch ebenda Bd. 40 S. 166 ff., Glück ebenda Bd. 9 S. 182 ff.

* D. 28. 7 de conditionibus institutionum. D. 35. 1 de conditionibus et demontrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. C. 6. 25 de institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub conditione factis. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 41 S. 45 ff., Göschen, Vorl. über das gem. Civilr. Bd. 3 § 805 ff., v. Wangerow, Pand. Bd. 2 § 434 ff., Windscheid, Pand. Bd. 3 § 554 ff.

Frage kommen können, ſind wie bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden der Anfangs- und der Endtermin, die Suspenſiv- und die Reſolutivbedingung, die Vorausſetzung und die Vorausſetzung in Geſtalt des Modus.

I. Für Erbeinſetzungen, denen ein dies a quo oder ad quem mit der Abſicht hinzugefügt iſt, daß der Inſtituirte erſt von einem beſtimmten Zeitpunkt an Erbe werden ſoll (ex calendis illis oder post quinquennium quam moriar heres esto), bzw. daß er es nur bis zu einem beſtimmten Zeitpunkt bleiben ſoll (usque ad calendas illas heres esto) gilt der Satz: diem adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset[1]. Der dies a quo iſt unzuläſſig, weil zu dieſer Nebenbeſtimmung den Erblaſſer kein gerechtfertigtes Intereſſe, ſondern nur die chikanöſe Abſicht veranlaſſen kann, die Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger hinauszuſchieben[2]; den dies adquem ſchließt die Regel aus: semel heres semper heres[3]. Ergiebt ſich aus der Dispoſition des Erblaſſers eine Perſon, welche die Erbſchaft bis zum Eintritt des dies a quo, bzw. nach dem Eintritt des dies ad quem haben ſoll, ſo iſt von ihm keine Erbeinſetzung unter dieſen beiden Nebenbeſtimmungen angeordnet, ſondern ein Univerſalvermächtniß[4]. Hat der Erblaſſer nicht die Aufhebung der Acquiſition, ſondern der Delation der Erbſchaft von einem dies ad quem abhängig gemacht, ſo ſteht dieſer Ver-

---

[1] § 9 I. de H. I. (2. 14). l. 34 D. h. t. (28. 5). Die ſinguläre Vorſchrift, welche dieſe beiden Nebenbeſtimmungen im Soldatenteſtament zuließ, l. 15 § 4, l. 41 pr. D. de test. mil. (29. 1), c. 8 h. t. (6. 21), hat heute ihre Geltung verloren; vgl. § 71 S. 454 Note 9.

[2] Vgl. meine Erbſchaft S. 100. 101. Ueber anderweitige Gründe, auf welche man die Unzuläſſigkeit dieſer Nebenbeſtimmung zurückführt, vgl Göſchen a. a. O. § 805, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 188 ff., Brinz, Pand. Bd. 3 § 372 Note 5 und 1. Aufl. 2. Abth. S. 772, Windſcheid a. a. O. § 555 Note 3, Hofmann, Krit. Stud. i. röm. R. S. 125 a. E. ff.

[3] Vgl. § 46 S. 284.

[4] Vgl. Windſcheid a. a. O. § 555.

fügung[1] die Regel semel heres semper heres nicht entgegen[2], Sie setzt dem Instituirten nur eine Deliberationsfrist für die Ausübung seines aus der Delation erworbenen Wahlrechts zwischen Antritt und Repudiation; demgemäß erwirbt er dieses Wahlrecht unter der Resolutivbedingung, daß er die Wahl nicht innerhalb der festgesetzten Frist trifft[3]. Der dies ad quem ist hier ein dies incertus, wie ihn die Resolutivbedingung in sich schließt[4].

II. Die einer Erbeinsetzung hinzugefügte Suspensivbedingung hat die bereits in § 57 dargelegten Wirkungen[5], sofern sie nicht pro non adiecta gilt, weil sie eine unmögliche[6],

---

[1] Wie sie z. B. vorliegt, wenn der Testator gesagt hat; „ich setze den A mit der Bestimmung zum Erben ein, daß seine Befugniß, die Erbschaft anzutreten, nach vier Monaten seit Kenntniß der Delation erlöschen soll."

[2] Vgl. Eisele in v. Ihering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 23 S. 139 ff.

[3] l. 72 D. de A. v. O. H. (29. 2). Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem et, si non ita adierit, alius ei substituatur, prior autem heres antequam adiret decesserit: nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non solet. Vgl. oben § 16 S. 136 sub I. Es ist also ein Irrthum, wenn die herrschende Doctrin schlechthin den Satz aufstellt: die Erbeinsetzung unter einem dies ad quem sei unzulässig.

[4] Vgl. meine Abh. über den obligator. Vertrag unter Abwesenden. S. 52 ff. (in v. Ihering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 190 ff.)

[5] Man darf nicht mit Windscheid a. a. O. § 554 Note 1 sagen, die bedingte Erbeinsetzung sei einstweilen unwirksam. Weil sie schon Wirkungen für den bedingt Eingesetzten hat (vgl. § 4 S. 78 ff.), schließt sie pendente conditione die neben ihm instituirten Erben wie die Intestaterben von der Erbschaft aus, l. 59 § 6 D. de H. I. (28. 5), l. 5 D. de suis (38. 16) und hebt ein früheres Testament sofort auf, l. 16 D. de iniusto. (28. 3), aber das dem bedingt Eingesetzten zustehende Recht erlischt, wenn er pendente conditione stirbt, c. un § 7 C. de cad. toll. (6. 51). Unwirksam ist die bedingte Erbeinsetzung nur im Fall einer conditio in praesens vel in praeteritum tempus collata, quae non vera est, l. 16 D. l. c.; vgl. zu dieser Stelle § 2 I. quib. mod. test. infirm. (2. 17), Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 350 ff., Hofmann a. a. O. S. 151 ff.

[6] l. 20 pr. D. l. c. (28. 7) . . . quia *ἀδύνατος* conditio pro non scripta est. Gaius III. 98. l. 1 D. eod. l. 3 D. de cond. (35. 1). l. 50 § 1 D. de H. I. (28. 5). § 10 I. h. t. (2. 14). Den unmöglichen stehen die

eine unerlaubte[1] oder eine nothwendige Bedingung iſt[2], oder als eine ſ. g. perplexe Bedingung die Erbeinſetzung nichtig macht[3], oder als eine ſ. g. conditio in praesens vel in praeteritum tempus collata die Erbeinſetzung ſofort purificirt oder infirmirt[4].

ſ. g. „unerſchwinglichen" Bedingungen gleich, l. 6 D. de cond. (28. 7), und den abſolut unmöglichen die blos relativ unmöglichen, l. 6 § 1. l. 72 § 7 D. de cond. (35. 1). l. 104 § 1 D. de legat. (30); bei theilweiſe unmöglichen Bedingungen id, quod impossibile in testamento scriptum est, nullam vim habet. l. 45 D. de H. I. (28. 5). l. 6 § 1 D. de cond. (35. 1). Irrelevant iſt, ob die Bedingung nie möglich geweſen, oder erſt vor der Teſtamentserrichtung unmöglich geworden iſt, und ob der Erblaſſer die Unmöglichkeit kannte oder nicht, l. 16 D. de iniust. (28. 3), l. 6 § 1 D. de cond. (35. 1). Aber unmögliche Bedingungen ſind nur die, deren Erfüllung ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung und bleibend oder nach Rechtsvorſchrift eine unmögliche iſt: nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri, l. 137 § 6 D. des V. O. (45. 1). Bedingungen, deren Erfüllung erſt nach der Teſtamentserrichtung unmöglich wird, ſind deficirt, und Bedingungen, deren Erfüllung blos zur Zeit der Teſtamentserrichtung unmöglich iſt, ſind conditiones possibiles, l. 58 D. de cond. (35. 1). Aus l. 4 § 1 D. de statuliberis (40. 7) laſſen ſich, weil ſie von Freilaſſungen handelt, für Erbeinſetzungen keine Folgerungen ziehen, insbeſondere läßt ſich aus ihr nicht, wie es geſchieht, der Satz ableiten: die unmögliche Bedingung mache die Erbeinſetzung und überhaupt jede letztwillige Dispoſition nichtig, wenn darauf die Abſicht des Teſtators gerichtet ſei. Ueber dieſe und andere Streitfragen hinſichtlich der unmöglichen Bedingungen vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 78 ff., S. 130 ff., v. Bangerow a. a O. Anm. 1 sub I. 2, II. 3, Windſcheid, Pand. Bd. 1 § 94, Hofmann a. a. O. S. 144 ff.

[1] l. 14 D. de cond. inst. (28. 7). Conditiones contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem obtinent scriptae vel quae contra bonos mores vel derisoriae sunt aut huiusmodi quas praetores improbaverunt pro non scriptis habentur et perinde, ac si conditio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve. l. 15 D. eod. Beiſpiele: l. 9, l. 27 pr. D. eod., l. 71 § 2, l. 22, l. 72 § 5, l. 100 D. de cond. (35. 1), l. 72 § 4 D. eod., l. 28 pr. D. eod., l. 8 pr. § 6 D. t. c. (28. 7), l. 26 pr. D. t. c. (35. 1). Vgl. dazu Mühlenbruch a. a. O. S. 93 ff., v. Wächter, Württemb. Privatr. § 96 sub III (S. 723 ff.), v. Bangerow a. a. O. sub I. 3—6, Windſcheid a. a. O. Bd. 1 § 94 Note 9 ff.

[2] Vgl. l. 9 § 1 D. de novat (46. 2), l. 7 D. de V. O. (45. 1).

[3] l. 16 D. t. c. (28. 7). Windſcheid a. a. O. § 93 Note 8.

[4] Vgl. § 6 I. de V. O. (3. 15), l. 100 D. h. t. (45. 1), Mühlenbruch a. a. O. S. 64. S. 74 ff.

Die Erforderniſſe für die Erfüllung einer zuläſſigen Suspenſivbedingung[1] beſtimmen ſich nach der Intention des Erblaſſers[2]: nicht ſeine Worte, ſondern ſein Wille[3], der im Zweifel benigne zu interpretiren iſt[4], entſcheidet über die Thatſache, welche er als Bedingung aufgeſtellt hat[5], alſo auch darüber, ob ſie ſich nach dem Tode des Erblaſſers erfüllen muß, oder ob die Erfüllung bei ſeinen Lebzeiten genügt[6]. Erfüllt ſich die Bedingung nicht, ſo

[1] Bei der Erbeinſetzung eines Notherben iſt nur eine ſuspenſive Poteſtativbedingung zuläſſig, c. 32 C. de inoff. test. (3. 28). Das Nähere darüber im Notherbenrecht.

[2] l. 19 pr. D. t. c. (35. 1). In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet eaque regit conditiones.

[3] l. 101 pr. D. eod . . cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari aporteat.

[4] Vgl. § 73 S. 462 Note 1. 2 ff.

[5] Z. B. ob die als Bedingung geſetzte Thatſache, daß eine Perſon ohne Kinder verſterben werde, nur von leiblichen Kindern zu verſtehen iſt, l. 76 D. t. c. (35. 1), oder z. B. ob die als Bedingung geſetzte Thatſache in der Vornahme einer Handlung beſteht, oder in der bloßen Bereitwilligkeit zur Vornahme dieſer Handlung blos darin, daß der Inſtituirte das ſeinerſeits zu der Handlung Erforderliche gethan hat, l. 23 D. t. c. (28. 7) . . . plerumque enim haec conditio „si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit" ita accipi opostet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat. l. 11 D. eod., l. 14, 31, 40 pr., 84 D. t. c. (35. 1), c. 1 C. de inst. vel subst. (6. 25), l. 6 § 5 D. quando dies (36. 2), l. 112 § 2 D. t. c. (35. 1) . . . sed haec humanius interpretari solemus . . .; vgl. dagegen c. 4 C. de condit. ins. (6. 46). Windſcheid a. a. O. § 92.

[6] l. 91 D. t. c. (35. 1). Conditionum, quae in futurum conferuntur, triplex natura est, ut quaedam ad id tempus, quo testator vivat, quaedam ad id, quod post mortem eius futurum sit, quaedam ad alterutrum pertineant, tempus autem vel certum vel infinitum comprehendatur. Quae omnia non minus in fideicommissis quam in institutionibus ac legatis incidere solent, ut haec conditio: „Titiae, si mihi nupserit", non dubie nisi vivente testatore, illa autem: „si ad exsequias funeris mei venerit", nisi post mortem impleri non possit, illa vero: „si filio meo nupserit", vel vivente vel mortuo testatore impleri possit. Et prima quidem ac tertia ex relatis conditionibus infinitum tempus habent: quandoque enim nupserit, impletur conditio; secunda ad certum tempus adscripta est. Weitere Beiſpiele in l. 2, 10 § 1, 11 § 1, l. 19 pr. l. 29 D. eod., c. 7 C. de inst. et subst. (6. 25). — l. 11 pr. D. eod. Si iam facta sint, quae conditionis

wird ſie unter gewiſſen Vorausſetzungen gleichwohl für erfüllt erachtet: einerſeits, wenn der, dem durch die Erfüllung ein Vortheil zugehen ſoll, dieſe durch Verzicht auf den Vortheil hindert[1], andererſeits wenn ſie doloſer Weiſe von dem gehindert wird, der an der Nichterfüllung ein Intereſſe hat[2]. Mehrere der Erbeinſetzung hinzugefügte Bedingungen müſſen ſich ſämmtlich erfüllen, ſofern ſie nicht alternativ aufgeſtellt ſind[3]. Eine Erbeinſetzung unter einer alternativen Bedingung iſt auch die mehrfache Erbeinſetzung derſelben Perſon unter verſchiedenen Bedingungen; es genügt, daß ſich eine von ihnen erfüllt, gleichviel welche[4]. Conditiones iuris frustra adduntur[5], und die conditio iurisiurandi d. i. die Bedingung, daß der Honorirte irgend eine künftige Leiſtung zuvor eidlich verſpreche, iſt nach Rechtsvorſchrift eine Vorausſetzung[6].

III. Eine Reſolutivbedingung kann einer Erbeinſetzung nur hinzugefügt werden, um von ihr die Entkräftung der Erbeinſetzung oder die Aufhebung der Delation aus der Erbeinſetzung,

---

loco ponuntur, et sciat testator, quae iterum fieri possunt exspectentur ut fiant, si vero nesciat, praesenti (die) debeantur. l. 9, 10 pr. l. 62 pr. D. eod., l. 45 § 2D. de legat. (31). Mühlenbruch a. a. O. S. 229 ff., v. Bangerow a. a. O. § 435 Anm. 1. Ueber die Erbeinſetzung unter einer negativen Poteſtativbedingung ſ. oben § 57 S. 379 ff.

[1] l. 3 D. t. c. (28. 7), l. 14 D. t. c. (35. 1).

[2] l. 161 D. de R. I. (50. 17), l. 66, 81 § 1 D. t. c. D. (35. 1). Die l. 24 D. eod. hat denſelben Inhalt wie die l. 161 cit., auch wenn man nicht mit der Vulgata non impleri leſen will; vgl. v. Bangerow, Pand. Bd. 1 § 94 u. Windſcheid, Pand. Bd. 1 § 96 Note 10.

[3] l. 5 D. t. c. (28. 7). Si heredi plures conditiones coniunctim datae sint, omnibus parendum est, quia unius loco habentur; si disiunctim sint, cuilibet § 11 I. de H. I. (2. 14). l. 78 § 1 D. t. c. (35. 1).

[4] l. 17 D. t. c. (28. 7), l. 27 § 2 D. de H. I. (28. 5). Gegen Huſchke's Anſichten über Erbeinſetzungen unter alternativen Bedingungen in der Zeitſchr. f. Civ. u. Pr. Bd. 12 S. 375 ff. u. Bd. 15 S. 237 ff., vgl. Arndts ebenda Bd. 13 S. 293 ff. und v. Bangerow a. a. O. § 434 a. E. Ueber l. 27 § 1 und l. 68 (67) D. de H. I. (28. 5), vgl. S. 463 Note 1.

[5] l. 12 D. t. c. (28. 7), vgl. § 4 S. 77 Note 1 und l. 99 D. t. c. (35. 1).

[6] l. 8 D. de cond. inst. (28. 7). l. 20, l. 26 pr. D. de condit. (35. 1). v. Bangerow, a. a. O. § 434 Anm. 1 sub I. 4.

nicht um von ihr die Aufhebung der Acquisition der Erbschaft abhängig zu machen[1]. Wo sie diesen Zweck hat, gilt sie pro non scripta[2], weil ihr wie dem dies ad quem der Satz: semel heres semper heres entgegensteht; nur der heres suus erwirbt die Erbschaft kraft Privilegiums unter der resolutiven conditio iuris der Abstinenz[3]. Bei der Berufung eines freiwilligen Erben unter einer Resolutivbedingung kommt also die Zeit ihrer Erfüllung in Betracht: erfüllt sie sich schon vor dem Tode des Testators, so infirmirt sie die Erbeinsetzung und schließt die Delation aus[4], erfüllt sie sich nach erfolgter Delation, so geht die Erbberechtigung des Delator unter, erfüllt sie sich aber erst nach erklärtem Erbschaftsantritt, so wird nach Rechtsvorschrift der durch ihn eingetretene Erwerb der Erbschaft nicht wieder aufgehoben[5]. Ergiebt sich jedoch aus dem letzten Willen des Erblassers eine Person, welche die erworbene Erbschaft nach erfüllter Bedingung vom Erben erhalten soll, so ist er überhaupt nicht unter eine Resolutivbedingung instituirt, sondern es ist ihm unter einer Suspensivbedingung die Restitution der Erbschaft an jene Person als Universalvermächtniß auferlegt[6]. Möglich ist auch, daß die Interpretation des letzten Willens zu

---

[1] Die herrschende Doctrin denkt überhaupt nur an diesen letzten Fall und erklärt sich deshalb schlechthin gegen die Zulässigkeit der Resolutivbedingung, vgl. z. B. Arndts, Pand. § 68 Anm. 3, Keller, Pand. § 491, v. Vangerow a. a. O. § 434 Anm. 1 sub I. 1.

[2] Ausdrücklich gesagt ist dies in den Quellen nicht, es kann aber nach den S. 505 Note 1 citirten Stellen über die Unzulässigkeit des dies ad quem nicht zweifelhaft sein.

[3] S. oben § 31 S. 196 ff.

[4] Diese Wirkung gibt der Resolutivbedingung schon Thibaut im Arch. f. civil. Pr. Bd. 7 S. 365.

[5] Vgl. Eisele a. a. O. S. 138 ff., dem Windscheid a. a. O. § 554 a. E. beigetreten ist. Eisele führt folgende Erbeinsetzung als Beispiel an: „Zu meinem Erben setze ich meinen Freund A ein, ausgenommen den Fall, daß mein Bruder wieder in die Heimath zurückkehren sollte," d. h. unter dieser Resolutivbedingung.

[6] Mühlenbruch a. a. O. S. 267, v. Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 1 S. 36, Windscheid a. a. O. § 554 Note 10, Eisele a. a. O. S. 145 ff.

einem andern Reſultat führt: aus ihr kann ſich auch ergeben, daß bei der auf eine Reſolutivbedingung lautenden Erbeinſetzung nur ein ungeſchickter Ausdruck gebraucht iſt, daß der Erblaſſer in der That eine Erbeinſetzung unter einer Suspenſivbedingung entgegengeſetzten Inhalts gewollt hat[1].

IV. Eine Vorausſetzung iſt nach den Ausführungen in § 73 sub I 5 einer Erbeinſetzung hinzugefügt, wenn der Erblaſſer von einer künftigen, vergangenen oder gegenwärtigen Thatſache ausdrücklich oder ſtillſchweigend die obligatoriſche Verpflichtung des inſtituirten Erben zur Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkungen der Erbeinſetzung abhängig gemacht hat durch Herausgabe der Erbſchaft an den, der ſie ohne die Erbeinſetzung erhalten haben würde[2]. Dieſer eigentlichen oder uneigentlichen Reſolutivbedingung, die keine dingliche, ſondern bloß obligatoriſche Wirkung haben ſoll, ſteht die Regel: semel heres semper heres nicht entgegen. Durch die Herausgabe der Erbſchaft hört der Erbe nicht auf, Erbe zu ſein, weil dieſe Herausgabe nur auf dem Wege der Singularſucceſſion erfolgen kann nach dem Satze: non plus est in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno[3].

Iſt der Erbe mit einer Auflage (modus) inſtituirt in der Abſicht, ihm die Erfüllung der Auflage zur Pflicht zu machen, ſo kommt in Betracht, ob die zur Erfüllung erforderliche Handlung

---

[1] Einen Rechtsſatz des Inhalts, daß die Reſolutivbedingung, um den Willen des Teſtators aufrecht zu erhalten, in eine Suspenſivbedingung entgegengeſetzten Inhalts umgewandelt werden müſſe, wie ihn Wening-Ingenheim im Arch. f. civ. Pr. Bd. 1 S. 138 ff. aufſtellt, gibt es nicht, vgl. v. Bangerow a. a. O. § 434 Anm. 1 sub I. 1 und die in der vorigen Note Citirten. Aber bei folgender von Wening mitgetheilten Dispoſition würde ſich unzweifelhaft aus der Interpretation des Willens des Teſtators eine ſolche Umwandlung ergeben: „Ich ſetze meinen Vetter S zum Univerſalerben ein, jedoch nur bedingt bis zum Ausgang des über meinen Bruder verhängten peinlichen Proceſſes, welcher, wenn er für unſchuldig erklärt wird, mein ganzes Vermögen als einziger Erbe haben, dagegen dem S. ein Legat von 20 000 Gulden hinausbezahlen ſoll.“ Vgl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 75 ff.

[2] Vgl. die Citate in § 73 S. 471 Note 1 ff.

[3] Vgl. § 1 S. 41 Note 3, § 45 S. 279.

Gegenstand einer Obligation sein kann, oder ob sie dies nicht sein kann, weil sie keinen Geldwerth hat. Im letzten Fall ist die Erfüllung der Auflage eine Voraussetzung für die Erbeinsetzung: die Nichterfüllung begründet gegen den Instituirten einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft für den, der sie ohne die Erbeinsetzung erhalten haben würde[1]. Im ersten Fall entsteht durch die Auflage eine Forderung gegen den Instituirten auf Erfüllung[2]. Bei Auflagen zu Gunsten eines dritten ist dies eine Vermächtnißforderung[3], bei anderweitigen Auflagen kann die Forderung von den Miterben im Erbtheilungsprozeß[4] geltend gemacht, oder, wenn keine Miterben vorhanden sind, vom Gericht ex officio erzwungen werden[5].

Unerlaubte und unmögliche Voraussetzungen oder Auflagen gelten wie unerlaubte und unmögliche Bedingungen pro non adiectis[6].

3. Heredis substitutio*.

§ 79.

Nach dem Vorbilde der natürlichen Familie, die aus näheren und entfernteren Familiengliedern besteht, von denen bei der Intestaterbfolge, wenn jene nicht Erben werden wollen oder können,

---

[1] l. 1 § 3 D. ubi pupill. educ. (27. 2), l. 8 § 6 D. de condit. inst. (28. 7).

[2] Vgl. l. 80 D. de condit. (35. 1). l. 71 pr. D. eod. l. 7. 48 D. de fideic. lib. (40. 5).

[3] c. 2 C. de his quae sub modo (6. 45).

[4] l. 18 § 2 D. fam. erc. (10. 2), l. 7 D. de ann. leg. (33. 1).

[5] l. 50 § 1 D. de H. P. (5. 3), l. 92 D. de condit. (35. 1).

[6] l. 37, 71 § 2 D. de cond. (35. 1), l. 6 pr. D. eod. Seuffert, Arch. Bd. 34 Nr. 314. Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 98 sub 2 § 99 u. 100.

* I. 2. 15 de vulgari substitutione. D. 28. 6 de vulgari et pupillari substitutione. C. 6. 26 de impuberum et de aliis substitutionibus. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40 S. 248 ff., Bd. 41 S. 1—44, Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 174 ff., v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 450 ff., Windscheid, Pand. Bd. 3 § 557 ff.

ſucceſſive dieſe zur Erbſchaft berufen werden, kann ſich der Erblaſſer auch künſtlich in ſeinem Teſtament durch eine ſucceſſive Berufung ſeiner Erben einen näheren oder entfernteren Familienkreis bilden[1]. Dazu iſt erforderlich, daß er in testamento suo plures gradus heredum facit[2]. Wenn er an erſter Stelle (primo gradu) einen oder mehrere Erben inſtituirt und ſich für den Fall, daß dieſe die Erbſchaft nicht erwerben, an zweiter Stelle (secundo gradu[3]) andere Perſonen als Erben ernennt, ſo hat er zwei Grade von Erbeinſetzungen gemacht, denen er in unbeſchränkter Zahl weitere Grade hinzufügen kann, jeden auf den Fall, daß die voraufgehenden unwirkſam bleiben. Die Erbeinſetzung primo gradu heißt heredis institutio, die Erbeinſetzung des zweiten und jedes folgenden Grades: heredis substitutio, weil ſie an die Stelle zuvor ernannter Erben andere Erben ſetzt unter der Bedingung, daß jene die Erbſchaft nicht erwerben[4]. Eine Subſtitution dieſer Art kann in jedem Teſtament vorkommen und wie für Erbeinſetzungen auch für Vermächtniſſe und m. c. donationes angeordnet werden[5]. Deshalb hat ſie den Namen vulgaris substitutio d. i. gewöhnliche Subſtitution erhalten[6] (§ 80).

Den Gegenſatz zu ihr bilden zwei Subſtitutionsfälle von ganz verſchiedener Beſchaffenheit: die pupillaris substitutio und die ſ. g. quasi pupillaris substitutio[7] (§ 81 u. 82). Bei beiden handelt es ſich um Erbesernennungen durch einen Stellvertreter, alſo um Ausnahmen von der Regel, welche bei der Errichtung eines Teſtaments die Stellvertretung ausſchließt[8].

---

[1] Vgl. Einleitung S. 4 u. § 30 S. 192.

[2] pr. I. t. c. (2. 15), l. 36 pr. D. t. c. (28. 6).

[3] Gleichbedeutend mit primo u. secundo gradu kommt auch primo u. secundo loco und primus u. secundus heres vor, vgl. z. B. l. 27 D. ad leg. Falc. (35. 2), l. 4 D. de SC. Silan. (29. 5), l. 28 D. de H. I. (28.5), l. 14 pr. D. de lib. et post. (28. 2).

[4] l. 1 pr. D. t. c. (28. 6). Heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio.

[5] l. 50 pr. D. de leg. (31), c. un. § 7 i. f. C. de cad. toll. (6. 51).

[6] Brissonius de V. S. s. v. vulgaris § 2.

[7] pr. § 1 I. de pup. subst. (2. 16).

[8] Vgl. § 67 S. 433 sub V.

Die älteren Civilisten bezeichneten die Vulgar-Pupillar- und Quasipupillarsubstitution als substitutiones directae, weil sie directe Erbesernennungen enthalten, und stellten ihnen unter dem Namen substitutio fideicommissaria, oder obliqua oder precaria[1] diejenige letztwillige Verfügung gegenüber, durch welche einem Erben die Auflage gemacht wird, die ihm zugewandte Erbschaft für einen gewissen Fall oder nach einer gewissen Zeit ganz oder zu einem Bruchtheil an einen Dritten heraus zu geben. Diese Verfügung ist keine Erbeseinsetzung, sondern Anordnung eines Universalvermächtnisses. Als ein Vermächtniß dieser Art ist nach dem Willen des Erblassers eine directe Substitution, die als solche nicht zu Recht bestehen kann, aufrecht zu erhalten, so daß sie in eine fideicommissarische convertirt wird[2].

Ein Gesammtbegriff der Substitution läßt sich wegen der ungleichen Voraussetzungen und Wirkungen der verschiedenen Arten der Substitution nicht construiren[3].

a. Vulgarsubstitution*.

§ 80.

Eine Vulgarsubstitution ist eine selbständige directe Erbeinsetzung unter der conditio, daß ein zuvor eingesetzter Erbe oder aus dessen Person ein Anderer die Erbschaft nicht erwerben sollte[4]. Hiernach hat sie folgende juristische Eigenschaften:

---

[1] Diese Bezeichnungen entsprechen der Ausdrucksweise in l. 15, l. 41 § 3 D. t. c. (28. 6). § 9 I. de pup. subst. (2. 16), l. 59 (57) § 2 D. ad SC. Treb. (36. 1) c. 1 i. f. de testam. in VI to. (3. 11).

[2] Vgl. l. 76 D. ad SC Treb. (36. 1) u. unten § 81 sub II.

[3] Die Versuche sind nicht gelungen, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 248 ff., Puchta, Pand. § 476.

* Vgl. Quellen und Literatur im vorigen § u. Arndts, Civil. Schrift. Bd. 2 S. 167 ff.

[4] pr. I. h. t. (2. 15) . . . ut puta „si ille heres non erit, ille heres esto": et deinceps in quantum velit testator substituere potest. l. 36 D. h. t. (28.6). l. 41 (40) D. de H. I. (28. 5) . . . „si heres non erit", nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi non acquisierit vel mutata conditione alium heredem non fecerit. Vgl. S. 517 Note 5. Daß der früher eingesetzte Erbe auch früher genannt wird, ist nicht erforderlich, l. 28 D. de H. I (28. 5). Si ita quis institutus sit: „Titius heres esto, si Secundus heres non erit", deinde: „Secundus heres esto": placet primo gradu Secundum esse institutum.

I. Die Vulgarſubſtitution iſt eine directe Erbeinſetzung. Sie kann alſo nicht im Codicill errichtet werden (S. 423 a. E.), ſie ſetzt teſtamentariſche Erbfähigkeit und Capacität des Subſtituten voraus (§ 3 S. 65 ff. S. 67 ff.) und ſie ſteht überhaupt unter den Grundſätzen der heredis institutio (§ 74 ff.).

II. Die Vulgarſubſtitution iſt eine ſelbſtändige Erbeinſetzung. Nebenbeſtimmungen und Auflagen, die für den zuvor eingeſetzten Erben, den ſ. g. Vorerben, gemacht ſind, gelten für den Subſtituten, den ſ. g. Nacherben[1] nur wenn der Teſtator ſie für ihn ausdrücklich oder ſtillſchweigend wiederholt hat[2], dann aber auch da, wo die Anordnung für den Vorerben nichtig iſt, ſofern der Grund der Nichtigkeit den Subſtituten nicht berührt. Bei Vermächtniſſen, die dem Vorerben auferlegt ſind, iſt nach einem Reſcript von Severus eine tacita repetitio legati a substituto anzunehmen, si non fuit evidens diversa voluntas[3].

---

[1] Die üblichen Ausdrücke Vor- und Nacherben ſind nicht ganz correct, weil der zuerſt Eingeſetzte nicht Erbe wird; Windſcheid a. a. O. § 557 Note 1 zieht ihnen aus dieſem Grunde die Ausdrücke Vor- und Nacheingeſetzte vor.

[2] l. 74 (73) D. de H. I. (28. 5). Sub conditione herede instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimur.

[3] l. 74 D. de leg. (30). Licet imperator noster cum patre rescripserit videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas: quae (Momms. idque) ex multis colligetur, an quis ab herede legatum vel fideicommissum relictum noluerit a substituto deberi. Quid enim si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatorio, quam ab instituto non reliquerat? vel quid si certa causa fuit, cur ab instituto relinqueret, quae in substituto cessaret? Vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum? In obscura igitur voluntate locum habere rescriptum dicendum est. l. 61 i. f. D. de leg. (31). l. 77 § 15, l. 82 § 1 D. eod. c. 4 i. f. C. ad SC. Treb. (6. 49). Vgl. über das hier in Rede ſtehende Reſcript und über die Anſichten der claſſiſchen römiſchen Juriſten vor demſelben, insbeſondere über die ſtreitige Frage, ob die tacita repetitio der Legate nur zugelaſſen wurde, wenn letztere dem institutus gültig auferlegt waren, l. 14 pr. D. de iure codic. (29. 7), Fein in Glück's Comment. Bd. 44 S. 181 ff. und Arndts ebenda Bd. 47 Abth. 1 S. 265 ff.

III. Die Vulgarsubstitution ist schon nach ihrem Begriff eine bedingte Erbeinsetzung[1]. Sie enthält, wenn sie in allgemeinen Ausdrücken angeordnet ist[2], stillschweigend die conditio, daß der Vorerbe oder aus seiner Person ein Anderer die Erbschaft nicht erwerben werde, und begreift sowohl den Fall, wo der Vorerbe die Erbschaft nicht erwerben will (s. g. casus voluntatis), als den Fall, wo er sie nicht erwerben kann (s. g. casus impotentiae), auch wo die Substitution nach den Worten auf einen dieser Fälle beschränkt ist[3], sofern trotz des beschränkenden Ausdrucks die Absicht des Erblassers ersichtlich auf beide Fälle gerichtet ist[4]. Eine nur unter dieser Bedingung errichtete Substitution ist daher eine substitutio pura[5], aber als solche eine bedingte Erbeinsetzung, weil die conditio tacita, von der sie ihrem Begriff nach abhängt, ein künftiges ungewisses Ereigniß ist. Die Wirkungen dieser conditio knüpfen sich wie bei jeder wahren Bedingung an die Zeit der Pendenz, der Deficienz und der Existenz.

Während der Pendenz der Bedingung d. i. in der Zeit, wo es noch möglich ist, daß aus der Erbeinsetzung des Vorerben die Erbschaft erworben wird, steht der Substitut unter den Vorschriften über bedingte Erbeinsetzungen (§ 57), nur mit der Einschränkung, daß er nicht den Anspruch auf den Besitz des Erbrechts gegen Caution hat, wenn ihn der Vorerbe aus einer ebenfalls bedingten Erbeinsetzung fordert[6]. Daher ist pendente conditione die Delation der Erbschaft an den Substituten noch suspendirt, folglich

---

[1] l. 1 § 13 D. ad. leg. Falc. (35. 2).

[2] z. B. A soll mein Erbe sein, dem A substituire ich den B, dem B den C.

[3] z. B. A soll mein Erbe sein, will er die Erbschaft nicht antreten, so soll sie B haben; oder: A soll mein Erbe sein, wenn er es aber nicht werden kann, so soll B die Erbschaft haben.

[4] Eine Rechtsvermuthung für diese Absicht gibt es nicht, sie muß aus den Umständen erkannt werden können. Eine Entscheidung nach dem erweislichen Willen des Erblassers enthält c. 3 C. de H. I. (6. 24). Arndts, Civ. Schrift. Bd. 2 S. 168, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 301 ff.

[5] Paulus R. S. III. 4a § 5 Substituere quis et pure et sub conditione potest, et tam suis quam extraneis.

[6] l. 2 § 4 D. de b. p. s. t. (37. 11).

ſeine Erklärung des Antritts oder der Repudiation ohne Geltung[1] als eine Erklärung im Voraus, die nur die Wirkungen eines negotium imperfectum hat (§ 6 S. 97 Note 6 ff.). Aber er iſt berechtigt, von dem Vorerben, der pure oder unter einer poſitiven Poteſtativbedingung inſtituirt iſt, innerhalb einer vom Richter zu beſtimmenden Deliberationsfriſt eine Erklärung darüber zu fordern, ob er die Erbſchaft erwerben will oder nicht[2] (§ 16 S. 136 ff., § 31 S. 197 Note 10), und gegen den sub conditione inſtituirten Vorerben, dem der Beſitz eingeräumt iſt, hat er den Anſpruch auf Sicherheitsleiſtung eventuell auch auf die cautio Muciana (§ 57). Stirbt der Subſtitut pendente conditione, ſo erliſcht die Subſtitution, weil bedingte letztwillige Honorirungen unvererblich ſind[3].

Die Deficienz der Bedingung entzieht dem Subſtituten ſein bisheriges Recht aus der Subſtitution (§ 4 S. 78 ff.). Sie tritt ein, wenn aus der Erbeinſetzung des Vorerben dieſer[4] oder ein Anderer die Erbſchaft definitiv erworben hat[5]. Iſt der Vorerbe ein heres suus mit dem beneficium abstinendi (S. 516 Note 5) oder ein heres voluntarius mit dem Anſpruch auf i. i. restitutio gegen den Erbſchaftsantritt, ſo iſt, wenn der Teſtator nicht eine andere Beſtimmung getroffen hat, der Rechtsverluſt des Subſtituten noch in pendenti: er wird rückwärts aufgehoben, wenn der Erbſchafts-

[1] l. 13 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[2] l. 69 D. eod.

[3] l. 60 § 6 i. f. D. de H. I. (28. 5). l. 81 D. de A. v. O. H. (29.2). l. 9 i. f. D. de suis (38. 16).

[4] c. 5 C. de imp. et de al. subst. (6. 26).

[5] Nach den S. 514 Note 1 citirten Stellen iſt die Bedingung: si Titius heres non erit dahin auszulegen; si neque ipse erit, neque alium heredem fecerit. Dieſe Entſcheidung bezog ſich urſprünglich auf den Fall, wo der Vorerbe durch ſeinen Antritt nicht ſich, ſondern ſeinen Gewalthaber zum Erben machte, § 4 I. de V. S. (2. 15). Wäre ſie auf dieſen Fall zu beſchränken, ſo würde ſie heute unpraktiſch ſein. Die Beſchränkung wäre aber ganz ungerechtfertigt, da auch in analogen Verhältniſſen jener ausdehnenden Auslegung der Wille des Erblaſſers zur Seite ſtehen kann. Wo dies der Fall iſt, muß ſie deshalb auch in den im Text erwähnten Fällen Platz greifen; vgl. auch c. 3 C. de H. I. (6. 24). Arndts a. a. O. S. 169, und über die verſchiedenen Anſichten Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 334 ff.

erwerb für den Vorerben oder dessen Erben rückgängig geworden ist (§ 31 S. 200 Note 2, § 46 S. 286 Note 3 ff.)[1]. Nur wenn der Vorerbe ein minderjähriges Hauskind ist, erlischt sofort durch den Antritt des Vaters das Recht des Substituten, weil im Fall der Restitution des Hauskindes gegen den Antritt nach Rechtsvorschrift der Vater der Erbe wird (§ 11 S. 123). Ist der Vorerbe ein großjähriges Hauskind, so wird aus dessen Erbeinsetzung, wenn es repudiirt, dem Vater die Erbschaft deferirt, deshalb deficirt die Bedingung für die Substitution erst mit der Antrittserklärung des Vaters (§ 11 S. 124)[2]. Ebenso verhält es sich, wenn beim Tode des Vorerben dessen Erbberechtigung durch Transmission auf seine Erben übergeht: auch hier ist die Bedingung für die Substitution erst deficirt, wenn der Transmissar die Erbschaft antritt, aber der Testator kann die Substitution so anordnen, daß der Substitut dem Transmissar vorgeht (§ 23 S. 161)[3]. Ist der Vorerbe ein indignus, so ist die Bedingung für die Substitution deficirt, wenn der indignus die Erbschaft definitiv erwirbt, oder an seiner Stelle der Ereptor, aber nicht, wenn beide repudiiren; eine Anordnung der Substitution, nach welcher der Substitut dem Ereptor vorgehen soll, ist hier ausgeschlossen, weil die Vorschriften über die Indignität dem ius cogens angehören (§ 18 u. 19)[4].

Die Existenz der Bedingung tritt ein, wenn entschieden ist, daß aus der Erbeinsetzung des Vorerben weder dieser selbst noch ein Anderer die Erbschaft erwirbt. Sie bewirkt, daß die dem Vorerben bestimmte Erbschaft jetzt mit dem durch Accrescenz hinzugekom-

---

[1] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 360.

[2] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 358.

[3] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 334 ff., Bd. 43 S. 224. Von dem Fall, wo die Substitution in dieser Weise nicht angeordnet ist, spricht die c. un. § 13 C. de cad. toll. (6. 51), nach welcher der Transmissar dem Substituten vorgeht. Das gilt auch für die sog. transmissio Iustinianea, die aber im Fall der l. 72 D. de A. v. O. H. 29. 2 (vgl. § 16 S. 136) nur unter der in § 26 S. 173 bezeichneten Voraussetzung eintreten kann. Vgl. auch Hofmann, Krit. Studien S. 85 Note 46.

[4] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 359.

menen Zuwachs[1] dem Subſtituten deferirt wird, wenn der Teſtator die Subſtitution nicht noch von einer weiteren Bedingung abhängig gemacht hat[2]. Sind mehrere Grade von Subſtitutionen angeordnet, ſo erfüllt ſich die Bedingung für die Delation aus jedem Grade erſt, wenn alle voraufgehenden Grade unwirkſam geworden ſind, aber gleichviel in welcher Reihenfolge dies geſchieht[3]. Nach dem präſumtiven Willen des Erblaſſers ſind die ſpäteren Grade den ihnen vorangehenden Subſtituten und auch dem institutus ſubſtituirt für den Fall, daß die Mittelglieder wegfallen, mag z. B. zuerſt der institutus und dann der erſte Subſtitut wegfallen oder umgekehrt. Deshalb ſtellt man die Regel auf: substitutus substituto est substitutus et instituto.

Natürlich kann der Erblaſſer auch Einem institutus Mehrere mit einander ſubſtituiren zu gleichen oder zu ungleichen Theilen. Ebenſo kann er mehreren Inſtituirten Subſtituten ernennen, entweder jedem von ihnen oder allen gemeinſchaftlich[4]. Im erſten Fall wird, ſobald einer der instituti wegfällt, deſſen Erbportion dem ihm ernannten Subſtituten deferirt, weil ſich die Bedingung für dieſe Subſtitution erfüllt hat; die Subſtitution geht alſo dem Accrescenzrecht der Miterben vor und ſchließt daſſelbe ganz aus, wenn der Subſtitut die ihm deferirte Erbportion erwirbt, gleichviel ob der Subſtitut einer der instituti oder ein extraneus iſt[5]. Im zweiten Fall erfüllt ſich die Bedingung für die Subſtitution erſt, wenn keiner der Inſtituirten Erbe wird; es geht alſo, wenn von ihnen blos einer oder einige wegfallen, das Accrescenzrecht der Miterben der Subſtitution vor. Die Fälle, wo bei der Erbeinſetzung des einzigen Erben[6] oder eines Miterben auf mehrere

[1] l. 59 § 3 D. de H. I. (28. 5). Ueber den Fall, wo der Subſtitut einen größeren oder kleineren Erbtheil als der Vorerbe haben ſoll, vgl. l. 9 § 15, l. 15 § 1 D. de H. I. (28. 5).

[2] l. 69 de A. v. O. H. (29. 2).

[3] l. 41 pr. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6).

[4] l. 36 § 1 D. h. t. (28. 6), § 1 I. h. t. (2. 15).

[5] Vgl. c. un. § 3. 4. 7. C. de cad. toll. (6. 51), l. 2 § 8 D. de b. p. s. t. (37. 11), Paul R. S. IV. 8 § 26.

[6] Vgl. c. 10 C. de impub. et de aliis substit. (6. 26).

Erbportionen die Substitution durch die Accrescenz ausgeschlossen wird, sind in § 29 S. 182 ff. erörtert.

Ist einem institutus ein institutus also ein Miterbe substituirt, so geht auch hier die Substitution dem Accrescenzrecht der Miterben vor. Sind dem institutus mehrere Miterben substituirt, so wird ihnen die vom institutus nicht erworbenen Erbportion, wenn der Erblasser es nicht anders bestimmt hat, nach Verhältniß ihrer Institutionsportionen deferirt[1]; ist aber neben den Miterben noch ein extraneus d. h. ein Nichteingesetzter substituirt, so wird diesem ein Kopftheil von der vacanten Erbportion deferirt und der Rest den Miterben nach Verhältniß ihrer Institutionsportionen[2]. Hat der Erblasser dem substituirten institutus für den Fall, daß auch dieser wegfallen werde, einen Dritten substituirt, so ist im Zweifel dieser Dritte dem ersten Substituten nicht blos für dessen Substitutionsportion, sondern auch für dessen Institutionsportion substituirt[3]. In diesem Sinne stellt man ebenfalls die Regel auf: substitutus substituto est substitutus et instituto.

Sind sämmtliche instituti sich gegenseitig substituirt[4], so heißt die Substitution eine substitutio reciproca[5] oder mutua[6], und in kurzer Ausdrucksweise[7] nennt man sie eine substitutio compendiosa oder breviloqua[8]. Sie schließt die Grundsätze des Accrescenzrechts aus, soweit durch die Grundsätze der Substitution nicht die Gefahr entsteht, daß ein Erbtheil vacant bleibt[9]. Steht fest, daß einer der instituti seinen Erbtheil nicht erwirbt, so hat sich damit die Bedingung für die Substitution der zu dieser Zeit noch lebenden Miterben erfüllt, d. h. für die Delation ihres sich

[1] § 2 I. h. t. (2. 15), l. 5, l. 24, l. 41 § 1 D. h. t. (28. 6).

[2] l. 32 D. h. t. (28. 6).

[3] § 3 I. h. t. (2. 15), l. 27, l. 41 pr. D. h. t. (28. 6).

[4] z. B. A, B, C sollen meine Erben sein; dem A substituire ich den B u. C, dem B den A u. C, und dem C den A u. B.

[5] l. 4 § 1 D. h. t. (28. 6).

[6] l. 64 D. de legat. (31).

[7] z. B. A, B, C sollen meine Erben und sich gegenseitig substituirt sein.

[8] Nach den Worten in c. 8 C. h. t. (6. 26).

[9] Vgl. § 29 S. 182 ff.

nach Verhältniß ihrer Inſtitutionsportion beſtimmenden Subſtitutionstheils; die Erben eines ſchon verſtorbenen Miterben participiren an dieſem Erbtheil nicht[1], weil nur vivo ex substitutione defertur hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur, wie es, wenn der Erblaſſer keine Subſtitution angeordnet hätte, nach den Regeln des Accrescenzrechts der Fall ſein würde[2]. Aber die Delation ex causa substitutionis bewirkt für die Miterben, die ihre Inſtitutionsportionen ſchon vor derſelben erworben haben, auch gegen ihren Willen die Accrescenz ihres Subſtitutionstheils[3], damit er nicht durch Vacanz Gegenſtand des Concurſes werden kann[4]. Hat ein institutus ſeine Inſtitutionsportion repudiirt, bevor für ihn die Delation ex causa substitutionis durch den Wegfall eines Miterben eingetreten war, ſo

---

[1] l. 23 D. h. t. (28. 6). Qui plures heredes instituit, ita scripsit: „eosque omnes invicem substituo"; post aditam a quibusdam ex his hereditatem uno eorum defuncto, si conditio substitutionis exstitit alio herede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit, quoniam invicem in omnem causam singuli substitui videbuntur: ubi enim quis heredes instituit et ita scribit: „eosque invicem substituo", hi substitui videbuntur, qui heredes exstiterunt. l. 10 pr. D. eod. . . . soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sint, nec quicquam valebit ex persona defunctorum. l. 45 § 1 D. eod., § 2 I. h. t. (2. 15).

[2] l. 9 D. de suis et leg. her. (38. 16). Si ex pluribes legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et licet decesserint, antequam accresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur. Vgl. § 30 S. 186 ff.

[3] c. 6 C. de imp. et de al. subst. (6. 26). Testamento iure facto multis institutis heredibus et invicem substitutis, adeuntibus suam portionem coheredum etiam invitis repudiantium accrescit portio l. 35 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2), l. 81 D. eod. l. 76 pr. D. eod.

[4] Vgl. § 29 S. 182 sub 2 u. S. 184 ff.

kann er, wenn dies später geschieht, auch als Substitut die Erbschaft antreten[1].

b. Pupillarsubstitution*.

§ 81.

Die beiden Voraussetzungen der Vulgarsubstitution: eine vorausgehende Institution und deren Unwirksamkeit, erweisen sich in einem speciellen Falle als Schranken, welche den Testator hindern, für seine Familie in dem Umfange Sorge zu tragen, wie es nach den Umständen nothwendig erscheint. Wo er erwarten kann, daß er bei seinem Tode unmündige Kinder hinterläßt, oder daß ihm Postumi geboren werden, fordert das Familieninteresse, daß er im Anschluß an sein eigenes Testament auch für diese Kinder als ihr Stellvertreter ein Testament machen darf, um ihnen, wie es seiner Meinung nach den Familienverhältnissen entspricht, für den Fall Erben zu ernennen, daß sie selbst das zur Errichtung eines Testaments erforderliche Alter der Mündigkeit nicht erreichen sollten. Deßhalb hatte diese Befugniß schon nach altem römischen Gewohnheitsrecht ein Paterfamilius gegenüber den unmündigen Kindern, die bei seinem Tode in seiner unmittelbaren väterlichen Gewalt stehen, und gegenüber den Postumi, die in der Gewalt stehen würden, wenn sie bei seinem Tode schon geboren gewesen wären[2]. Das für sie errichtete Testament heißt, weil der impubes auch pupillus genannt wird[3], pupillare testamentum oder pupillares

---

[1] Nach der Ausführung über diese bestrittene Frage in § 6 S. 100 Note 3. — Ueber den Fall, wo sich unter den sich gegenseitig substituirten Erben coninucti befinden und einer von diesen wegfällt, vgl. l. 41 § 4 D. h. t. (28. 6).

*) I. 2. 16 de pupillari substitutione und die § 79 citirten Pandekten- u. Codextitel. — Pietak im Arch f. civ. Pr. Bd. 58 S. 378 ff., Bd. 59 S. 1 ff. und die § 79 angeführten Schriftsteller.

[2] pr. I. h. t. (2. 16) . . moribus institutum est, ut, cum eius aetatis sunt, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes iis faciant. l. 2 pr. D. h. t. (28. 6) . . . donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim, . . . si sint in potestate; . . . postumis plane possumus.

[3] l. 239 pr. D. de V. S. (50. 16).

tabulae und die Erbeinſetzung in demſelben pupillaris substitutio, weil der Paterfamilias gewöhnlich den impubes zu ſeinem eigenen Erben ernannte und ihm dann dieſelbe Perſon für den doppelten Fall ſubſtituirte, daß er nicht ſein Erbe werde (vulgariter), oder daß er es werde, aber in der Unmündigkeit ſterbe (pupillariter)[1]. Bedingt iſt aber die Pupillarſubſtitution durch dieſe Erbeinſetzung des impubes nicht; auch wenn der Paterfamilias ihn exheredirt, mag das bona oder mala mente geſchehen[2], iſt er berechtigt, ihm einen Pupillarſubſtituten zu ernennen[3].

Eine Pupillarſubſtitution iſt alſo eine directe Erbesernennung für einen impubes suus durch ſeinen Paterfamilias, deren Wirkſamkeit vorausſetzt, daß der Paterfamilias auch für ſich ſelbſt ein gültiges Teſtament errichtet, und daß der impubes nach ihm in der Unmündigkeit sui iuris ſtirbt.

Demgemäß gelten für ſie folgende Grundſätze:

I. Das Recht zur Pupillarſubſtitution gründet ſich in der durch Abſtammung oder Adoption[4] entſtandenen unmittelbaren patria potestas über den impubes beim Tode ſeines Paterfamilias. Daß er dieſe unmittelbare Poteſtas ſchon zu der Zeit hatte, wo

---

[1] Ulpian. XXIII § 7. Liberis impuberibus in potestate manentibus tam natis quam postumis heredes substituere parentes possunt duplici modo: id est aut eo, quo extraneis, ut, si heredes non exstiterint liberi, substitutus heres fiat, aut proprio iure, ut, si post mortem parentis heredes facti intra pubertatem decesserint, substitutus heres fiat. pr. I. h. t. (2. 16) . . . „Titius filius meus mihi heres esto: si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit (id est pubes factus sit), tunc Seius heres esto.“ Quo casu si quidem non exstiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero exstiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. l. 1 § 1 D. h. t. (28. 6).

[2] l. 18 D. de lib. et post. (28. 2). l. 12 § 2 D. de bon. lib. (38. 2).

[3] l. 1 § 2 D. h. t. (28. 6). Substituere liberis tam heredibus institutis quam exheredatis possumus. § 4 I. h. t. (2. 16).

[4] l. 10 § 6 D. h. t.

er die Pupillarſubſtitution errichtete, iſt nicht erforderlich[1], aber wenn zur Zeit ſeines Todes der impubes nicht ſein suus oder postumus suus oder ſeine sua oder postuma sua iſt, substitutio irrita fit[2]. Die Mutter hat das Recht zur Pupillarſubſtitution nicht[3], ebenſowenig der Vater gegenüber emancipirten Kindern[4]; der römiſchen Emancipation ſteht die ſ. g. emancipatio germanica gleich[5].

II. Das Recht zur Pupillarſubſtitution giebt nur die Befugniß, dem impubes einen directen Erben zu ernennen für den Fall, daß er in der Unmündigkeit[6] oder innerhalb eines beſtimmten Zeitraums der Unmündigkeit[7] ſterben werde[8]. Deßhalb kann eine Pupillarſubſtitution nur im rechtsbeſtändigen Teſtament geſchehen[9], und deßhalb wird eine über das Alter der Unmündigkeit hinausgreifende Subſtitution durch den Eintritt der Pubertas unwirkſam[10]. Aber wo ſie im Codicill gemacht iſt oder über die Jahre

---

[1] l. 2 pr. D. h. t. . . . postumis plane possumus (testamentum facere), nepotibus etiam possumus et deinceps, si qui non recasuri sunt in patris potestate . . . Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel arrogaverit filio praecedente. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 371 Note 87.

[2] l. 41 § 2 D. h. t. . . . si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.

[3] Die Mutter kann den Zweck der Pupillarſubſtitution nur wie jeder Andere auf dem Wege der Vulgarſubſtitution erreichen, l. 33 D. h. t.

[4] l. 2 pr. D. h. t. . . . emancipatis non possumus.

[5] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 374.

[6] l. 7 D. h. t.

[7] l. 21 D. h. t.

[8] Es kann daher z. B. auch eine Perſon ſubſtituirt werden für den Todesfall intra decimum annum, eine andere für den Fall, si impubes post decimum intra quartum decimum decesserit l. 38 § 2 D. h. t. l. 43 § 1 D. eod.

[9] l. 78 (76) D. ad SC. Treb. (36. 1). l. 2 pr. D. h. t. (28. 6).

[10] l. 14 D. h. t. . . . licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate. § 8 I. h. t. (2. 16 . . . evanescit substitutio. l. 7 D. h. t. (28. 6) . . . substitutionem post quartum decimum annum aetatis frustra fieri convenit.

der Pubertät hinausreicht, wird ſie nach dem Willen des Erblaſſers als fideicommiſſariſche Subſtitution (§ 79) aufrecht erhalten[1].

III. Das Recht zur Pupillarſubſtitution knüpft ſich an die Bedingung, daß der Paterfamilias ſich ſelbſt in einem gültigen Teſtament einen oder mehrere Erben ernennt[2], nicht an die Bedingung, daß er auch den impubes inſtituirt[3]; ſelbſt die ungültige Enterbung oder Uebergehung deſſelben macht die Pupillarſubſtitution nicht ungültig[4]. Aber es muß der Beerbungsplan in ſeinem eigenen Teſtament die Grundlage bilden für die von ihm in Ausſicht genommene Beerbung des impubes, ſo daß das väterliche Teſtament das testamentum principale iſt und das Pupillarteſtament pars et sequela paterni testamenti d. i. nur ein Be-

---

[1] Wenn der Vater den impubes zu ſeinem Erben eingeſetzt und ihm einen Pupillarſubſtituten im Codicill ernannt hat, ſo wird wegen Ungültigkeit dieſer directen Subſtitution der impubes bei ſeinem Tode ab intestato beerbt und der Inteſtaterbe muß die väterliche Erbſchaft an den Subſtituten als Fideicommiß herausgeben, l. 78 (76) D. ad SC. Treb. (36. 1). . . . benigna interpretatione placet, ut mater, quae at intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur. Bei einer über die Jahre der Pubertät hinausreichenden Subſtitution wird die directe Subſtitution durch den Eintritt der Pubertät ungültig und deshalb das Kind, wenn es vor dem bezeichneten ſpäteren Alter ſtirbt, ab intestato beerbt, aber der Inteſtaterbe muß die väterliche Erbſchaft als Fideicommiß dem Subſtituten reſtituiren. l. 15 D. de vulg. subst. (28. 6), c. 8 C. de imp. et de aliis subst. (6. 26), C. 1 de testam. in VI to (3. 11). Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 345. Eine beſondere Anordnung ſetzt dieſe Converſion nicht voraus, ſie erfolgt durch benigna interpretatio, wenn der Wille des Erblaſſers nicht entgegenſteht, Windſcheid, a. a. O. § 561; a. M. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 380 ff., Bd. 42 S. 108 ff., Puchta, Pand. § 476 Note g. Alle ſingulären römiſchen Vorſchriften über die von einem Soldaten errichtete Pupillarſubſtitution (Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 191 sub 7) haben heute ihre Geltung verloren durch das Reichsmilitärgeſetz vom 2. Mai 1874 § 44, vgl. § 71 S. 454 Note 9 ff.

[2] l. 1 § 3, l. 2 § 1 D. h. t. (28. 6).

[3] Vgl. S. 523 Note 3.

[4] l. 34 § 2 D. de vulg. subst. (28. 6). l. 35 D. eod. Nov. 115 c. 3 i. f. c. 4 i. f.

ſtandtheil des väterlichen Teſtaments, der mit dieſem ſeine Geltung verliert[1]. Beide ſind daher, obwohl ſie über zwei Erbſchaften errichtet werden, juriſtiſch nur Ein Teſtament[2], gleichviel ob der Paterfamilias die Pupillarſubſtitution durch einen Zuſatz in ſeinem eigenen Teſtament anordnet, oder ob er ein beſonderes Teſtament für ſich und ein beſonderes Teſtament für den impubes macht[3]. Im erſten Fall genügen für die Errichtung beider Teſtamente die einfachen Teſtamentsſolennitäten[4], auch wenn die Pupillarſubſtitution in einer beſonderen Urkunde gemacht iſt[5]; und es kommt nicht in Betracht, ob der Vater in ſeinem Teſtament an erſter Stelle den Pupillarſubſtituten oder ſeinen eigenen Erben ernannt hat (ordo scripturae)[6]; im zweiten Fall muß der Vater jedes der beiden Teſtamente unter Beobachtung der geſetzlichen Solennitäten errichten[7] und mit der Errichtung ſeines eigenen Teſtaments den

---

[1] § 5 I. h. t. (2. 16). Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat: nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit. l. 10 § 4 D. h. t. (28. 6) . . . nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas. l. 16 § 1 D. eod. . . . si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur. l. 2 pr. D. eod. . . . si principale ruptum sit testamentum et pupillare evanuit. Aber wenn der Teſtamentserbe die väterliche Erbſchaft ausſchlägt, um ſie als Inteſtaterbe zu erwerben, bleibt die Pupillarſubſtitution gültig, l. 2 § 1 i. f. D. eod.

[2] § 2 I. h. t. (2. 16) . . . in pupillari substitutione . . . duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum. l. 2 § 4 D. h. t. (28. 6) . . . unum esse testamentum, licet duae sint hereditates.

[3] l. 16 § 1 D. h. t. (26. 8).

[4] l. 20 pr. D. h. t.

[5] Wie es geſchehen muß, wenn der ſie betreffende Theil des Teſtaments bei der Publikation desſelben nicht mitpublicirt werden ſoll, damit die Perſon des Pupillarſubſtituten bis zum Eintritt des Subſtitutionsfalls unbekannt bleibt, § 3 I. h. t. (2. 16). l. 8 D. test. quemadmod. aper. (29. 3).

[6] l. 2 § 4. 5. 6 D. h. t. (28. 6).

[7] Deshalb bedarf es für beide nicht nothwendig derſelben Form, l. 20 § 1 D. h. t.

Anfang machen[1]. Es heißt deßhalb das väterliche Teſtament auch primae tabulae, das Pupillarteſtament auch secundae tabulae und der Pupillarſubſtitut secundus heres[2].

IV. Der weſentliche Inhalt des Pupillarteſtaments iſt die Pupillarſubſtitution, d. i. die Berufung eines directen Univerſalſucceſſors in die Pupillarerbſchaft[3]. Dieſe begreift daher das geſammte Vermögen, welches der impubes bei ſeinem Tode hinterläßt, alſo wenn er im väterlichen Teſtament inſtituirt worden iſt, nicht bloß die daraus erworbene Erbſchaft[4]; nur der pater arrogator kann dem impubes einen Subſtituten bloß für das Vermögen ernennen, was der impubes vom Arrogator oder in Folge der Arrogation von deſſen Freunden oder Verwandten erhalten hat[5]. An die Vorſchriften des Notherbenrechts iſt der

---

[1] l. 2 § 4 u. 7 D. h. t.

[2] Vgl. l. 79 D. ad leg. Falc. (35. 2).

[3] Vgl. S. 524 sub II.

[4] l. 10 § 5 D. h. t. (28. 6). . . . neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis. § 4 I. h. t. (2. 16) , . . si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum ac quisitum fuerit, id omne ad substitutum pertineat. Nur der Soldat konnte iure singulari ſubſtituiren hac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum pervenerunt, l. 10 § 5 cit. Heute gilt dieſe ſinguläre Vorſchrift nicht, vgl. S. 525 Note 1 a. E.

[5] Die Arrogation eines impubes geſtattete Antoninus Pius unter der Bedingung, ut caveat arrogator personae publicae, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restiturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem eius venturi essent; zugleich gab er dem impubes ein anomales Pflichttheilsrecht in Geſtalt eines geſetzlichen Vermächtniſſes auf die ſ. g. Quarta Divi Pii d. i. auf den vierten Theil der reinen Activa vom Nachlaß des Arrogators für den Fall, daß ihm dieſer Betrag nicht im Teſtament hinterlaſſen iſt, oder ab intestato zufällt, § 3 I. de adopt. (1.11). Hatte der leibliche Vater ſeinem impubes suus Pupillarſubſtituten ernannt, ſo waren dieſe, wenn der impubes ſich nach dem Tode ſeines Vaters arrogiren ließ und in der Unmündigkeit ſtarb, die Perſonen, an welche das Vermögen des impubes vom pater arrogator (der es in Folge der Arrogation nach altem Recht durch Univerſalſucceſſion erwarb, nach Juſtinianiſchem Recht in Verwaltung und Nießbrauch hatte) reſtituirt werden mußte, weil ſie, si adoptio facta non esset, ad successionem eius venturi essent. Es durfte deshalb die Pupillarſubſtitution

Paterfamilias bei der Errichtung des Pupillarteſtaments nicht gebunden, damit er den oder die Pupillarſubſtituten lediglich nach den Anforderungen der beſtehenden Familienverhältniſſe wählen

---

des leiblichen Vaters durch die Arrogation des impubes nicht erlöſchen: l. 17 § 1 D. de adopt. (1. 7) . . . ne esset in potestate tutorum et tutelam finire et substitutionem a perente factam extinguere, ſondern es mußte den berufenen Subſtituten das Vermögen des impubes durch die Caution des Arrogators geſichert ſein:

l. 19 pr. D. de adopt. (1. 7) Ulp. His verbis satisdationis, quae ab arrogatore praestari debet ad quos ea res pertinet et libertatibus prospectum esse, quae secundis tabulis datae sunt, et multo magis substituto servo . . . nemo dubitat.

l. 40 D. h. t. (28. 6) Papin. Causa cognita impubes arrogatus decesserat. Quemadmodum legitimis heredibus auctoritate principali prospicitur vinculo cautionis, ita, si forte substituit naturalis pater impuberi, succurendum erit substituto: nam et legitimis heredibus futuris non aliae quam utiles actiones praestari possunt. Die utilis actio war urſprünglich eine actio ex stipulatu utilis aus der Caution (vgl. l. 2, — l. 4 pr. D. rem pup. salv. fore 46. 6), ſpäter vielleicht, wie bei der Reſtitution eines Univerſalvermächtniſſes eine hereditatis petitio utilis, nach Juſtinianiſchem Recht wohl unzweifelhaft, weil das Vermögen des impubes nicht mehr durch Univerſalſucceſſion auf den pater arrogator überging.

Hiernach konnte der Arrogator dem arrogirten impubes keine Pupillarſubſtituten ernennen, ſofern der impubes nicht vom Arrogator oder durch deſſen Vermittelung Vermögen erworben hatte. Dabei erhob ſich die Frage, ob zu dieſem Vermögen der Anſpruch des impubes auf die Quarta Divi Pii zu zählen ſei, die ſchließlich bejaht wurde, nachdem ſie von manchen Juriſten verneint war, weil dieſer Anſpruch, wie es in l. 22 § 1 i. f. D. de adopt. heißt, non iudicio arrogatoris ad eum pervenit, sed principali providentia.

l. 22 § 1 D. de adopt. (1. 7) Ulp. Sed an impuberi arrogator substituere possit? quaeritur. Et puto non admitti substitutionem, nisi forte ad quartam solam, quam ex bonis eius consequitur, et hactenus ut ei usque ad pubertatem substituat.

l. 10 § 6 D. h. t. (28. 6) Ulp. In arrogato quoque impubere dicimus ad substitutum eius ab arrogatore datum non debere pertinere ea, quae haberet, si arrogatus non esset, sed ea sola, quae ipse ei dedit arrogator, nisi forte distinguimus, ut quartam quidem, quam omnimodo ex rescripto Divi Pii debuit ei relinquere, substitutus habere non possit, superfluum habeat. Scaevola tamen lib. X. quaestionum putat vel hoc arrogatori permittendum, quae sententia habet rationem. Ego etiam amplius puto

kann. Er braucht, wie die juriſtiſche Begründung dieſer Rechtsregel in den Quellen lautet, die Notherben des impubes nicht zu berückſichtigen, weil dieſer nicht der Teſtator iſt, und er braucht ſeine eigenen Notherben nicht zu berückſichtigen, weil er das Pupillarteſtament nicht für ſich, ſondern für den impubes macht[1]. Nach ſeiner Wahl kann er daher auch ſolche Perſonen ſubſtituiren, die er ſich durch Inſtitution oder Vulgarſubſtitution zu ſeinen eigenen Erben ernannt hat[2], oder neben dieſen noch andere Perſonen[3]; und wie in ſeinem eigenen Teſtament, ſo kann er auch im Pupillarteſtament mehrere Grade der Erbeinſetzung anordnen, z. B. dem Pupillarſubſtituten A in Beziehung auf die Pupillarerbſchaft den B und dieſem wieder den C vulgariter ſubſtituiren[4].

Hat der Paterfamilios den impubes zu ſeinem Erben eingeſetzt, ſo kann er ihm zugleich einen Vulgar- und Pupillarſubſtituten ernennen auf den Fall, daß er nicht Erbe des Vaters wird und auf den Fall, daß er es wird und in der Unmündigkeit ſtirbt. Dieſe Subſtitution heißt substitutio duplex oder substi-

---

et si quid beneficio arrogatoris arquisiit, et haec substitutum posse habere ut puta arrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit. Ueber die erörterten Stellen iſt viel geſtritten, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 408 bis 419, Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 175 Anm. 7, Windſcheid, Pand. § 559 Note 14.

[1] l. 8 § 5 D. de in off. test. (5. 2). Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit . . . nec patris frater, quia filii testamentum est. Dieſe Vorſchrift iſt durch das canoniſche Recht in C. 1 in VI to de testam. (3. 11) beſtätigt. Daraus ergiebt ſich, daß ſie durch die Novelle 115 für die Notherben (Ascendenten) des impubes keine Abänderung erfahren hat. Gegen die abweichende Anſicht von Zimmern in ſeinen u. Neuſtatel's römiſch-rechtl. Unterſ. S. 83 ff. und von Francke, Recht der Notherben S. 454 ff. erklären ſich die herrſchende Doctrin und Praxis, Mühlenbruch a. a. O. S. 390 ff., v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 453 Anm. 3, Windſcheid, Pand. § 559 Note 19c und die bei ihnen Citirten, Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 222, Bd. 26 Nr. 141.

[2] l. 1 § 2 D. h. t. (28. 6); vgl. l. 3, l. 8 § 10 pr. D. eod. § 7 I. h. t. (2. 16); l. 34 § 1 D. eod.

[3] l. 9 D. eod. c. 11 C. h. t. (6. 26).

[4] l. 13, l. 25 D. eod.

tutio in utrumque casum. Iſt ſie nur für den einen oder für den andern Fall (in alterum casum) erfolgt, ſo heißt ſie substitutio simplex[1], und die Vulgarſubſtitution wird dann substitutio in primum oder in vulgarem casum, die Pupillarſubſtitution substitutio in secundum casum genannt[2]. Für den Fall, wo vom Teſtator nur die eine dieſer beiden Subſtitutionen ausgeſprochen iſt, ohne die andere auszuſchließen, hat das römiſche Recht folgende Rechtsvermuthung aufgeſtellt: in der Vulgarſubſtitution iſt auch die Pupillarſubſtitution enthalten (ſ. g. subst. pup. tacita), und umgekehrt in dieſer auch jene (ſ. g. subst. vulg. tacita)[3], wenn nicht der entgegengeſetzte Wille des Erblaſſers aus ſeinen Worten oder aus den Umſtänden bewieſen werden kann[4]. Dieſe Rechtsvermuthung erſtreckt ſich unter derſelben Vorausſetzung auch auf das tertium genus substitutionis, wo der Paterfamilias mehrere von ihm inſtituirte unmündige Kinder ſich gegenſeitig ſubſtituirt hat[5].

---

[1] l. 1 § 1 D. eod. Heredis substitutio duplex est aut simplex veluti: „Lucius Titius heres esto: si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto“: „si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto.“ Vgl. Mommſen's Digeſtenausgabe.

[2] c. 8 C. h. t. (6. 26), l. 45 pr. D. h. t. (28. 6), l. 4 D. eod.

[3] i. 4 pr. D. eod. Iam hoc iure utimur ex Divi Marci et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit.

[4] l. 4 § 2 D. eod. . . . ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur c. 4 C. h. t. (6. 26) . . . si modo non contrariam defuuti voluntatem exstitisse probatur.

[5] l. 4 § 1 D. h. t. Quod ius ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur: nam si pater duos filios impuberes heredes instituat eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri D. Pius constituit. Fälle, in denen nach ihrer Beſchaffenheit die contraria voluntas parentis anzunehmen iſt, enthalten l. 4 § 2, l. 45 pr. D. h. t. (28. 6), c. 3. 4 C. h. t. (6. 26). Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 270. Die Rechtsvermuthung tritt alſo nur ein, wenn die voluntus parentis zweifelhaft iſt; ſie kann daher durch dieſen

Das Recht, den Pupillarſubſtituten mit Vermächtniſſen zu belaſten[1], hat der Vater nur, ſoweit dieſelben nicht auf das eigene Vermögen des impubes, ſondern auf das vom Vater hinterlaſſene Vermögen gelegt ſind, und zwar ſoweit aus dieſem Vermögen etwas durch Erbeinſetzung in die Erbſchaft des impubes übergegangen[2] oder unmittelbar dem Pupillarſubſtituten zugewandt

---

Nachweis nicht entkräftet werden, wie manche Juriſten annehmen, Elvers, Arch. f. prakt. R.-W. Bd. 4 Nr. 1 u. S. 150, u. dagegen Fuchs, Arch. f. civ. Pr. Bd. 38 S. 312 ff., Pernice in Bekker's Jahrb. d. gem. R.'s Bd. 1 S. 220 ff., ſondern nur durch den Beweis der contraria voluntas, Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 49. Die Argumente, welche von einigen Juriſten gegen die substitutio tacita geltend gemacht ſind, können als ſtichhaltige nicht angeſehen werden, vgl. den Bericht von Mühlenbruch a. a. O. S. 267 ff. u. v. Bangerow, Pand. § 451 Anm. 1, § 453 Anm. 1. Gegen Dernburg, Pand. Bd. 3 § 89 a. E., der annimmt, daß die Vorſchriften des röm. Rechts über die substitutio tacita heute keine Geltung haben, vgl. Wendt, Pand. § 346 a. E.

Ueber den Urſprung der Rechtsvermuthung in dem berühmten von Cicero oft angeführten iudicium Curianum (vgl. z. B. Cicero pro Caecina c. 18. 24, de oratore I. c. 39. 57, II. c. 6. 32), handelt eine Schrift von Münzinger, Causa Curiana vor dem röm. Centumviralgericht (1855) u. Pernice a. a. O. S. 218. 233 ff.

Die Frage, ob beim Soldatenteſtament eine Ausnahme von der Rechtsvermuthung eintrat (Windſcheid, Pand. § 559 Note 10 a. E.), iſt heute unpraktiſch, S. 525 Note 1 a. E.

[1] Darüber iſt zu vergleichen: Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 395 ff., v. Bangerow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 36 S. 221 ff. u. Pand. § 521 Anm. 2, Baron, Die Geſammtrechtsverhältniſſe im röm. Recht S. 460 ff., Pietak a. a. O. S. 413 ff., Windſcheid, Pand. § 559 sub 8.

[2] l. 87 § 7 D. ad leg. Falc. (35. 2) . . . cum iudicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eam perveniant, potest dici legata ab eo relicta praestanda esse habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit. l. 126 pr. D. de legat. (30) . . . substitutus eius legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit, perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset. l. 11 § 5, l. 79, l. 87 § 5 D. eod. Der dies cedens für dieſe Vermächtniſſe tritt daher ſchon mit dem Tode des Vaters und vor dem Tode des Pupillen ein, l. 1, l. 7 § 4. 5 D. quando dies leg. (36. 2).

ist[1]. Er hat es nicht, soweit der impubes durch Vermächtniß etwas aus dem Vermögen des Vaters erhalten hat[2] oder durch Beerbung eines anderen, der vom Vater eingesetzt ist[3], und er hat es nicht, soweit der impubes sein Vermögen erst nach dem Tode des Vaters nicht iudicio patris erworben hat. Von allen diesen Vermögenserwerbungen des impubes braucht der Pupillarsubstitut die auferlegten Vermächtnisse nicht zu leisten, und ganz ungültig sind sie, wenn der impubes vom Vater exheredirt ist, mögen ihm ihm auch Vermächtnisse hinterlassen sein[4]. Für die Belastung des Pupillarsubstituten mit Vermächtnissen gilt daher der Satz: pater de suo legat[5]. Nur die Ernennung eines directen Universalsuccessors in das Vermögen des impubes hat das römische Recht dem Vater gestattet, die Gewährung von Vermächtnissen aus diesem fremden Vermögen versagt es ihm, weil sie durch das Familieninteresse nicht geboten ist. Es ließ sich zwar auch gegen die Legate de suo einwenden, der Vater dürfe dem Pupillarsubstituten überhaupt keine Vermächtnisse auferlegen, weil er nicht Erbe des Vaters, sondern Erbe des impubes sei[6], aber diesem Bedenken konnte man, da die Zulässigkeit solcher Legate praktisch keinen Anstand hatte, durch den Hinweis auf die Einheit des väterlichen und des Pupillartestaments begegnen, demzufolge der Pupillarsubstitut als ein im Testament des Vaters ernannter Erbe sein Erbrecht und die Erbschaft vom Vater erhält[7].

V. Wie das Pupillartestament ein Theil des väterlichen Testaments ist, so ist auch die Pupillarerbschaft ein Theil der

---

[1] l. 41 § 3 D. de test. mil. (29. 1), l. 87 § 7 D. ad leg. Falc. (35. 2).

[2] l. 87 § 7 cit. . . . nihilo magis substitutus legatis obligabitur, quia . . . non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum pervenit.

[3] l. 103 pr. D. de leg. (32).

[4] c. 24 C. de legat. (6. 37).

[5] Vgl. l. 11 § 5 D. ad leg. Falc. (35. 2).

[6] Gaius II. 180 . . . tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset . . . l. 6 § 1 D. de leg. (32) . . . nec recipiendum est, ut, cui nihil dederis, eum rogando obliges.

[7] Vgl. Baron a. a. O. S. 461 ff., Pietak a. a. O. S. 421 ff.

väterlichen Erbſchaft. Es giebt für beide Erbſchaften nur Einen Teſtator, den Vater, aber zwei Erblaſſer, den Vater für die väterliche Erbſchaft, den Pupillen für die Pupillarerbſchaft. Jene erwerben die Erben vom und durch den Vater, dieſe die Pupillarſubſtituten vom impubes, aber nicht durch ihn, ſondern durch den Vater, der die dem impubes ernannten Erben auch zu ſeinen Erben macht, weil ſein letzter Wille ſie zur Erbfolge in die Pupillarerbſchaft beruft[1]. Durch dieſe Identität des Teſtators wird das Pupillarteſtament pars paterni testamenti, ſo daß beide unum testamentum bilden; und durch die Einheit des Teſtaments wird die Pupillarerbſchaft eine pars paternae hereditatis[2], ſo daß hereditas et patris et filii una est[3], und auf ſie, wie

---

[1] l. 46 D. h. t. (28. 6) . . . cum verum sit eum et testatori heredem exstitisse. Deshalb war neben den Subſtitutionsformeln: si filius intra pubertatem decesserit, Seius heres esto, oder: filio impuberi Seius heres esto (l. 3, l. 8 pr. D. h. t. 28. 6), auch die Formel gebräuchlich: Seius heres mihi esto, l. 1 D. eod. Die herrſchende Doctrin ſtützt auf die Zuläſſigkeit dieſer Formel die Anſicht: nach der urſprünglichen Auffaſſung des röm. Rechts ernenne der Paterfamilias in der Pupillarſubſtitution nicht dem impubes einen Erben, ſondern ſich. Dafür ſpreche auch, daß ſich noch dem neueſten Recht angehörige Rechtsſätze nur aus dieſer Auffaſſung genügend erklären ließen, namentlich folgende: der Satz, nach welchem die Subſtitution für einen Fall auf beide Fälle zu beziehen iſt, der Satz, nach welchem der Vater auch für ſich ſelbſt ein Teſtament machen muß, der Satz, nach welchem das väterliche und das Pupillarteſtament Ein Teſtament bilden u. a., vgl. v. Bangerow, Pand. § 452, Brinz, Pand. Bd. 3 § 374 Note 10 ff., Windſcheid, Pand. § 558 a. E. Beſtritten wird dieſe Anſicht von Pietat a. a. O. und auch von Baron a. a. O., der annimmt, der inſtituirte impubes und der Pupillarſubſtitut ſeien nach der Auffaſſung des röm. Rechts beide als Einheit Erben des Vaters ſofort bei deſſen Tode; er findet in dieſer Auffaſſung eine Anwendung des von ihm aufgeſtellten Begriffs des Geſammtrechtsverhältniſſes. M. E. betrachtet die röm. Jurisprudenz in dem entwickelten Sinne den Pupillarſubſtituten als Erben des Pupillen und als Erben des Vaters, um dieſe Auffaſſung praktiſch ſo zu verwerthen, wie es in der nachfolgenden Ausführung im Text dargelegt iſt.

[2] l. 40 D. de A. v. O. H. (29. 2) . . non debet ex eadem hereditate quicquam consequi . .

[3] l. 28 D. de reb. auct. iud. (42. 5).

auf Erbschaftsquoten, die Grundsätze der Accrescenz zur Anwendung kommen, damit für keine der beiden Erbschaften eine Vacanz eintreten kann, sondern entweder beide Gegenstand der Erbfolge oder beide Gegenstand des Concurses werden müssen[1]. Diesen Gesichtspunkten entsprechen folgende Rechtsvorschriften:

1. Incapacität des Pupillarsubstituten dem Vater gegenüber schließt den Erwerb der Pupillarerbschaft nicht aus, weil er diese nicht vom Vater, sondern vom Pupillen erwirbt (quasi a pupillo capiat); hat aber der Pupill den Vater beerbt, so kann der Pupillarsubstitut von dem in der Pupillarerbschaft enthaltenen väterlichen Vermögen nicht mehr erwerben als aus der väterlichen Erbschaft, also mittelbar nicht mehr als unmittelbar[2].

2. Ist der Pupillarsubstitut dem Vater gegenüber ein heres suus, so ist er es auch dem Pupillen gegenüber: er erwirbt bei dessen Tode die Pupillarerbschaft ohne Delation ipso iure und verliert das beneficium abstinendi durch immixtio. Weil er die Erbschaft durch den letzten Willen des Vaters erhält, entscheidet seine Stellung zu diesem darüber, ob er heres suus oder extraneus des impubes ist[3].

3. Hat der Vater den Pupillarsubstituten auch zu seinem Erben ernannt, so finden auf ihn dieselben Grundsätze Anwendung, welche, damit einzelne Erbportionen nicht vacant werden, für einen Erben Geltung haben, der auf mehrere Erbportionen eingesetzt ist, auf eine pure, auf die andere sub conditione[4], weil die Pupillarerbschaft eine pars paternae hereditatis ist, auf welchen der Vater den Pupillarsubstituten unter der Bedingung instituirt hat, daß

---

[1] Vgl. § 6 S. 99.

[2] l. 6, l. 11 D. h. t. (28. 6).

[3] l. 10 § 1 D. h. t. (28. 6). Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio, ut servum meum et fratrem suum, quam vis in rebus humanis nondum sit: postumus igitur erit fratri heres necessarius. l. 2 § 4 D. eod. . . constat enim unum esse testamentum . . . usque adeo, ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat.

[4] Vgl. § 29 S. 182 ff.

der Pupill in der Unmündigkeit ſterben werde[1]. Nach dieſen Grundſätzen muß der Pupillarſubſtitut die ihm zugewandte väterliche und Pupillarerbſchaft entweder beide erwerben oder beide ausſchlagen; er kann nicht die eine annehmen und die andere ablehnen[2]. Durch den Erwerb der väterlichen Erbſchaft erwirbt iure accrescendi ohne und gegen ſeinen Willen er ſelbſt oder ſein Erbe beim Tode des Pupillen auch die Pupillarerbſchaft[3], und umgekehrt in der Pupillarerbſchaft erwirbt er auch die väterliche Erbſchaft[4]. Ebenſo ſchlägt er in der väterlichen Erbſchaft auch die

---

[1] l. 41 § 6 D. h. t. (28. 6) . . . ac si pure partem et sub conditione partem alteram accepisset. Dazu v. Bangerow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 36 S. 347 ff.

[2] Es heißt in l. 2 D., de A. v. O. H. (29. 2). Sed et si quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdum agnoscere. Dem entſprechend wird von dem zur väterlichen und zur Pupillarerbſchaft berufenen Subſtituten geſagt: l. 10 § 2 D. h. t. (28. 6) . . an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest, sed aut utriusque debet herditatem habere aut neutrius. c. 20 § 2 C. de iure delib. (6. 30) . . . Placiut etenim nobis sive in institutionibus sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur . .

[3] Es heißt in l. 53 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit posteaque conditio exstiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet. § 1. Qui semel aliqua ex parte heres exstitit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt. Dem entſpricht l. (59) D. eod. Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere; quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. Nam is qui heres exstiterit pupillo quoque heres neccessario erit: nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternae hereditati et accrescendi iure acquiri cuicumque patris heredi existimandum est. c. 20 § 1 C. de iure delib. (6. 30) . . . quaesitum est, si potest iam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutionem repudiare? . . . § 2 . . . placuit . . . ut . . . necessitas imponatur heredi particulari facto vel aliam aut alias partes hereditatis admittere vel etiam substitutionem pupillarem.

[4] Vgl. S. 536 Note 2 sub b.

Pupillarerbschaft aus und umgekehrt in dieser auch jene, sofern die Repudiation oder Abstinenz zu einer Vacanz der einen oder andern Erbschaft führen müßte oder könnte, welche die Concurseröffnung nach sich ziehen, also die Gläubiger gefährden würde.[1] Wo sie aber diese Folge nach den Umständen nicht haben, bewirkt die Ablehnung der einen Erbschaft nicht auch die Ablehnung der andern und ebensowenig da, wo es an den Voraussetzungen für die Einheit der beiden Erbschaften fehlt, oder wo diese zwar existiren, aber Privilegien den Anspruch auf eine Trennung der beiden Erbschaften geben[2]. Selbstverständlich schließt

---

[1] l. 10 § 3 D. h. t. (28. 6). Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte et ego patris hereditatem repudiavero: nam neque filii hereditatem habere possum. Hier handelt es sich, wie sich aus dem voraufgehenden § 2 ergibt, in dem Fall, wo einem pro parte instituirten filius impubes, der seinen väterlichen Erbtheil erworben hat (exstitit patri filius heres), in Folge dessen der von seinem Miterben repudiirte Erbtheil accrescirt ist, um die Beantwortung der Frage, ob der Miterbe durch diese Repudiation der väterlichen Erbschaft auch die Pupillarerbschaft ausgeschlagen habe, oder ob er beim Tode des filius impubes die in der Pupillarerbschaft vereinigten hereditates patris et filii separare possit, ut filii habeat, patris non habeat. Diese Frage wird verneint aus demselben Grunde (idemque est), wie für den in § 2 behandelten Fall, wo der Vater den filius impubes als heres ex asse eingesetzt hat: aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse. Könnte er eine der beiden Erbschaften antreten, die andere ablehnen, so müßte diese nothwendig vacant werden.

[2] Deshalb stehen die nachfolgenden Stellen weder mit dem aufgestellten Grundsatz in Widerspruch, noch enthalten sie Ausnahmen von demselben, wie man (vgl. Windscheid, Pand. § 559 Note 24), angenommen hat, weil man den praktischen Grund, auf dem seine Geltung beruht, und nach ihm deren Grenzen nicht feststellte: a) Nach l. 10 § 4 D. h. t. (28. 6) kann der dem exheredirten filius impubes pupillariter substituirte Universalerbe des Vaters, wenn er die väterliche Erbschaft repudiirt, die Pupillarerbschaft auch nicht antreten, sofern er keinen Substituten hat, der an seiner Stelle die väterliche Erbschaft erwirbt (cum non haberet substitutum), weil dann das väterliche Testament durch die Repudiation als testamentum destitutum ungiltig ist und seine Ungiltigkeit auch das Pupillartestament ungiltig macht. Daraus ergiebt sich: dem Pupillarsubstituten wird die Pupillarerbschaft beim Tode des impubes deferirt, obwohl er die väterliche Erbschaft repudiirt hat, wenn dieselbe von

aber die Ablehnung der väterlichen Erbſchaft den Erwerb der Pupillarerbſchaft aus, wenn der Vater den Erwerb ſeiner Erb-

---

einem Subſtituten erworben iſt, weil ſie dann durch die Repudiation nicht vacant, und folgeweiſe das väterliche Teſtament nicht ungiltig geworden iſt, und weil dann auch die Pupillarerbſchaft durch Repudiation des Pupillarſubſtituten nicht vacant wird, ſondern dem heres substitutus des Vaters accrescirt. b) Die l. 40 D. de A. v. O. H. (29. 2) Ulp. wirft die Frage auf: haftet der im väterlichen Teſtament inſtituirte Pupillarſubſtitut den Gläubigern des Vaters, obwohl er ſich nicht in die väterliche, ſondern nur in die Pupillarerbſchaft immiscirt hat, alſo nur dieſe, nicht jene erwerben wollte? Julian verneint die Frage, weil wer die väterliche Erbſchaft nicht haben wolle, auch die Pupillarerbſchaft nicht erhalten könne (qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi). Marcellus bemerkt dagegen, dieſer Satz gelte nicht abſolut, ſondern es komme in Betracht, ob der Pupillarſubſtitut im väterlichen Teſtament als heres ex asse oder ex parte inſtituirt ſei. Im erſten Fall ſchlage er in der väterlichen Erbſchaft auch die Pupillarerbſchaft aus — dabei iſt zu ſuppliren: cum non haberet substitutum, der die väterliche Erbſchaft an ſeiner Stelle erwirbt —, im zweiten Fall könne er remota patris successione impuberis hereditatem amplecti —, dabei iſt zu ſuppliren: wenn ſein coheres patris hereditatem adiit. Dieſe Ergänzungen ergeben ſich aus l. 20 § 4 D. de A. v. O. H. (29. 2), die einen analogen Fall behandelt. Liegen die aus ihr entnommenen Vorausſetzungen vor, ſo kann die Pupillarerbſchaft in dem in Rede ſtehenden Fall durch die Delation an den Pupillarſubſtituten nicht vacant werden, weil ſie, wenn er ſie ausſchlägt, iure accrescendi an die Perſonen fällt, die die väterliche Erbſchaft erworben haben. c) Die l. 11 § 1 und l. 28 (27) § 2 u. 5 D. ad SC. Treb. (36. 1) ſtehen gleichfalls, wie ſich aus der vorſtehenden Ausführung von ſelbſt ergiebt, mit dem aufgeſtellten Grundſatz nicht in Widerſpruch. d) In l. 42 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) wird von Ulpian eine Meinungsverſchiedenheit zwiſchen Julian und Marcellus über folgende Frage berichtet: wenn ein Pupill die väterliche Erbſchaft durch Abſtinenz ausgeſchlagen hat und demnächſt vom Pupillarſubſtituten beerbt iſt, haftet dieſer den Gläubigern des Vaters? Julian bejaht die Frage, wahrſcheinlich in der Meinung, der Pupillarſubſtitut, der die Pupillarerbſchaft erwerbe, müſſe ſich, weil die Einheit der beiden Teſtamente die Einheit der beiden Erbſchaften bewirke, auch die väterliche Erbſchaft gefallen laſſen, da ihm das beneficium abstinendi des Pupillen nicht zuſtehe, und der Pupill trotz der Abſtinenz Erbe des Vaters geworden ſei (§ 31 S. 199). Marcellus verneint die Frage mit dem bloßen Hinweis auf die utilitas pupilli, welche fordere, daß er einen Erben erhalte; deshalb dürfe der Pupillarſubſtitut nicht durch die Furcht vor den Schulden des Vaters von

schaft zur Bedingung für die Pupillarsubstitution gemacht hat[1]. — Hat der Vater mehrere seiner Erben zu Pupillarsubstituten ernannt, so erhalten sie, wo keine anderweitige Bestimmung vorliegt, die

dem Erwerb der Pupillarerbschaft zurückgehalten werden. Der juristische Grund für seine abweichende Ansicht bestand aber wahrscheinlich in der Erwägung, daß das Schicksal der väterlichen Erbschaft durch die Abstinenz des Pupillen definitiv entschieden und dadurch der Zusammenhang mit der Pupillarerbschaft aufgehoben sei. Auf dieser Erwägung beruht auch Ulpian's Entscheidung in der voraufgehenden l. 41 D. eod.; e) Die l. 28 D. de reb. auct. iud. possid. (42. 5) von Javolenus enthält folgenden gleichartigen Fall: die väterliche Erbschaft ist wegen Abstinenz des Pupillen im Concurse verkauft worden; dann ist der Pupill nach dem Antritt einer andern Erbschaft gestorben. An diesen Fall knüpft sich die an Javolenus gerichtete Frage: können die Gläubiger des Vaters, obwohl ihnen gegen den Pupillen selbst wegen der Abstinenz keine Klage zustehe, nach dessen Tode gegen den Pupillarsubstituten ihre Forderungen einklagen, obwohl an diesen kein väterliches Vermögen gekommen sei, und die Gläubiger an dem Vermögen des Pupillen kein Recht hatten, also auch kein Interesse daran, ob der Pupillarsubstitut die hereditas pupilli antrete oder nicht, da sie, auch wenn er ausschlage, auf dieselbe keinen Anspruch machen dürften. Dieser Frage fügt der Fragsteller hinzu, es sei ihm die Entscheidung zweifelhaft, weil die Schule des Javolenus (die Sabinianer) das Dogma von der Einheit der beiden Testamente aufstelle (me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet, unum esse testamentum). In seiner Antwort wird die Frage nach einer kurzen zustimmenden Erörterung über die Zweifelsgründe des Fragestellers (quod praetor — ad eum pervenit) von Javolenus verneint und zwar aus den Gründen, die bei der sub d erörterten Stelle dem Marcellus zugeschrieben sind. Die Gläubiger des Vaters, sagt er (At cum substitutus — actio dari debeat), haben nur dann eine Klage gegen den Pupillarsubstituten, wenn der Pupill die väterliche Erbschaft erworben hat: tunc hereditas et patris et filii una est; f) In l. 12 D. h. t. (28. 6) Papin. wird die Frage gestellt: kann ein Sohn, der als suus die väterliche Erbschaft mit den beneficium abstinendi und dann als Pupillarsubstitut die Erbschaft seines Bruders ebenso erworben hat (weil er als suus des Vaters auch suus des Pupillen ist), die Pupillarerbschaft erwerben, wenn er die väterliche Erbschaft abgelehnt hat? An und für sich müßte diese Frage verneint werden, weil die hereditas et patris et filii una est, Papinian hält es aber für iustius, dem Bruder hier die separatio bonorum patris zu gestatten, unter Hinweis auf die ratio des prätorischen Edicts über das beneficium abstinendi, nach welcher das-

[1] l. 8 pr. D. h. t. (28. 6).

Pupillarerbſchaft zu denſelben Quoten wie die väterliche Erbſchaft[1]; hat er neben ſeinen eigenen Erben noch andere Perſonen pupillariter ſubſtituirt, ſo erhalten dieſe im Zweifel von der Pupillarerbſchaft Kopftheile, den Reſt die väterlichen Erben zu denſelben Antheilen wie die väterliche Erbſchaft[2].

4. Hat der Vater eine Perſon nicht zu ſeinem Erben, ſondern nur zum Pupillarſubſtituten ernannt, ſo wird ſie ſo behandelt, wie wenn ſie im väterlichen Teſtament unter einer Bedingung (si impubes intra pubertatem decesserit) eingeſetzt wäre, und gilt daher als Miterbe der Erben, die der Vater ſich ernannt hat. Alle Dispoſitionen des Pupillarteſtaments ſind bedingte Dispoſitionen des väterlichen Teſtaments[3].

VI. Sind mehrere Grade von Pupillarſubſtitutionen gemacht, ſo findet die für die Vulgarſubſtitution geltende Regel: substitutus substituto est substitutus et instituto keine Anwendung, weil der Gegenſtand der zweiten Pupillarſubſtitution von dem der erſten verſchieden iſt[4]. „Der Pupillarſubſtitut eines Pupillarſubſtituten iſt es deßhalb nicht dem, welchem dieſer es iſt.“[5]

ſelbe den Zweck habe, die Kinder von nicht freiwillig übernommenen Erbſchaftsſchulden zu befreien, aber nicht den Zweck, ſie wider ihren Willen von einer Erbſchaft zu entfernen. Die in dieſer Note erörterten Stellen haben eine ſo verſchiedene Auslegung erfahren, daß ſich darüber kein kurzer Bericht geben, ſondern nur auf die einſchlagende Literatur verweiſen läßt: Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 384 ff., Bd. 42 S. 362 ff., Bd. 43 S. 141, v. Bangerow, Arch. f. civ. Pr. Bd. 36 S. 345 ff., Bd. 37 S. 328 ff., Wendt ebenda Bd. 55 S. 261 ff., Pietak a. a. O., Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 153.

---

[1] l. 8 § 1 D. h. t. (28. 6), l. 10 pr. D. eod. § 7 I. h. t. (2. 16).

[2] c. 11 C. h. t. (6. 26). Justin. Das Recht der Pandekten in l. 9 D. h. t. (28. 6) gab die eine Hälfte der Pupillarerbſchaft den väterlichen Erben nach Verhältniß ihrer Inſtitutionsportionen, die andere Hälfte den ihnen beigefügten Subſtituten nach Kopftheilen.

[3] Vgl. die ſchon S. 535 Note 1 citirte l. 41 § 6 D. h. t. (28. 6) und dazu v. Bangerow a. a. O. u. die S. 535 Note 3 citirte l. 59 D. de A. v. O. H. (29. 2) . . . coniungi eam paternae hereditati et accrescendi iure acquiri cuicumque patris heredi existimandum est.

[4] l. 47 D. h. t. (28. 6); vgl. v. Bangerow, Pand. § 453 Anm. 2.

VII. Die Pupillarsubstitution verliert ihre Geltung:

1. aus allen Gründen, aus welchen überhaupt eine Erbeinsetzung ihre Geltung verliert;

2. wenn der Pupill sich beim Tode des Vaters nicht mehr in dessen Gewalt befindet, also wenn er vom Vater emancipirt oder in Adoption gegeben wird oder vor dem Vater stirbt. (S. 524 Note 2.)

3. wenn der Pupill durch den Tod des Testators nicht sui iuris, sondern der Gewalt eines Andern unterworfen wird (S. 524 Note 1). Durch seine Arrogation nach dem Tode des Testators erlischt aber die Pupillarsubstitution nicht (S. 527 Note 5);

4. wenn der Pupill das Alter der Mündigkeit oder, falls die Pupillarsubstitution auf eine kürzere Zeit beschränkt ist, die bezeichnete jüngere Altersstufe erreicht hat (S. 524 Note 6 ff);

5. wenn das Testament des Vaters aus irgend einem Grunde nichtig ist oder wird, namentlich als testamentum destitutum (S. 536 Note 2 sub a), oder weil der Vater ein neues Testament errichtet (S. 526 Note 1). Bei Rescission des väterlichen Testaments wegen Verletzung des Notherbenrechts bleibt aber die Pupillarsubstitution gültig (S. 523 Note 3, S. 525 Note 4, S. 529 Note 1); ebenso, wenn derväterliche Testamentserbe die Erbschaft ausschlägt, um sie als Intestaterbe zu erwerben (S. 526 Note 1 i. f.);

6. wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen der Pupillarsubstitut mit der Ablehnung der väterlichen Erbschaft auch die Pupillarerbschaft ausschlägt (S. 536 Note 1 ff.);

7. wenn dem Pupillarsubstituten die Pupillarerbschaft wegen Indignität in dem § 18 S. 148 sub 6 bezeichneten Falle vom Fiscus entrissen wird, aber heute nicht mehr wegen versäumter Erbittung eines Vormunds für den Pupillen[1].

---

[1] Puchta, Pand. § 478 Note . Wenn z. B. der Vater seinem unmündigen Sohne A seine unmündige Tochter B und dieser den X pupillariter substituirt hat, so gilt der X nicht auch als Pupillarsubstitut des A. Vgl. l. 9 pr. D. de reb. dub. (34. 5 und dazu Mühlenbruch a. a. O. S. 463 ff.

[1] Vgl. § 3 S. 63 Note 1 sub e.

c. Quaſipupillarſubſtitution*.

§ 82.

Nach einer Conſtitution Juſtinian's vom Jahre 528[1] können männliche wie weibliche Aſcendenten als Stellvertreter jedem ihrer geiſteskranken männlichen oder weiblichen Deſcendenten ad exemplum pupillaris substitutionis einen oder mehrere Erben ernennen, wenn ſie ihm den Pflichttheil hinterlaſſen. Den oder die Erben müſſen ſie aber aus ſeinen geiſtesgeſunden Deſcendenten wählen, oder, falls ſolche nicht da ſind, aus ihren geiſtesgeſunden Deſcendenten; erſt wenn auch dieſe nicht vorhanden ſind, haben ſie die freie Wahl. Nach den Worten der Conſtitution ad exemplum pupillaris substitutionis nennt man heute dieſe Erbesernennung substitutio quasi pupillaris oder exemplaris, oder auch Iustinianea[2]. Sie iſt, weil ſie auf derſelben ratio beruht[3], nach Ana-

* c. 9 C. de impub. et de al. substit. (6. 26). § 1 I. de pup. subst. (2. 16). Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 40 S. 475 ff., Bd. 41 S. 1—44. Düffer ad constit. 9 C. de impub. et de al. substit. Hal. 1848; Hüffer de substit. quasi pupillari. Vratisl. 1853. Windſcheid, Pand. Bd. 3 § 560 und die Note 1 citirte Literatur.

[1] c. 9 pr. cit. Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium, nepotem vel pronepotem cuiuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium iis sit, iste tamen filius vel filia, vel nepos vel neptis, vel pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum saperet, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel iis relicta, quos voluerint his substituere, ut occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris nulla querela contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut, si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filii aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios, quam ex eo descendentes. unum vel certos vel omnes substituere. § 1. Sin vero etiam alii liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum unum vel certos vel omnes eandem fieri substitutionem oportet.

[2] Vor Juſtinian konnte dieſes Subſtitutionsrecht nur durch kaiſerliches Privileg erworben werden, l. 43 pr. D. de vulg. subst. (28. 6).

[3] § 1 I. l. c. Qua ratione excitati (die unmittelbar vorausgehenden Worte ſprechen von dem Grunde der Pupillarſubſtitution) etiam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut, si mente

logie der Pupillarsubstitution zu beurtheilen, soweit Justinian in seinem Gesetz keine abweichenden Bestimmungen getroffen hat.

Die Quasipupillarsubstitution steht demgemäß unter folgenden Grundsätzen:

I. Das Recht zur Quasipupillarsubstitution gründet sich nicht in der unmittelbaren patria potestas, wie die Pupillarsubstitution, sondern in einem unmittelbaren Ascendentenverhältniß, welches dem geisteskranken Descendenten den Anspruch auf den Pflichttheil giebt. Väterliche Ascendenten haben daher das Recht wie gegen Hauskinder auch gegen emancipirte Kinder, Enkel und Urenkel, und wie die väterlichen haben es auch die mütterlichen Ascendenten, aber beide nur einem Descendenten gegenüber, der bei ihrem Tode das Pflichttheilsrecht gegen sie hat[1]. Unehelichen Kindern gegenüber steht es also nur den mütterlichen Ascendenten zu[2]. Ist das Substitutionsrecht von mehreren unmittelbaren Ascendenten ausgeübt, so bestimmt den Vorzug das stärkere elterliche Recht[3]. Wer die väterliche Gewalt hat schließt alle übrigen aus, sonst der Vater die Mutter, diese die Großeltern, der väterliche Großvater die väterliche Großmutter, diese die mütterlichen Großeltern und unter diesen der mütterliche Großvater die mütterliche Großmutter. Bei einem unmündigen geisteskranken[4] Descendenten hat sein

captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes cuiuscumque sexus vel gradus, liceat iis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae postquam pupillus adoleverit infirmatur.

[1] c. 9 cit. . . . liceat parenti qui vel quae testatur . . . testatori vel testatrici . . . legitima portione ei vel iis relicta substituere.

[2] l. 29 § 1 de in off. test. (5. 2).

[3] Wie bei der Erziehungsgewalt, Windscheid, Pand. Bd. 2 § 514 sub 3.

[4] Donellus comm. iur. civ. VI. 27. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 560 Note 7, Brinz, Pand. Bd. 3 § 375 Note 9. Die Collision, zu welcher die Gleichberechtigung mehrerer Ascendenten führen würde, macht eine Rangordnung nothwendig, für die nur das stärkere elterliche Recht maßgebend sein kann. Das wird, weil es selbstverständlich ist, in c. 9 cit. überhaupt nicht erwähnt. Gleichwohl ist die Frage sehr bestritten, vgl. über die verschiedenen Ansichten Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 28 ff.,

Paterfamilias die Wahl, ob er ihm einen Pupillar- oder einen Quaſipupillarſubſtituten oder beide ernennen will: auf den Fall, daß er in der Unmündigkeit, und auf den Fall, daß er nach erlangter Mündigkeit in ununterbrochenem Wahnſinn verſterben werde. Für den einen und für den andern Fall können ſelbſtverſtändlich auch verſchiedene Perſonen ſubſtituirt werden.

II. Das Recht zur Quaſipupillarſubſtitution giebt das Subſtitutionsrecht ad exemplum p. s. nur auf die Zeit, wo der Deſcendent durch ſeine Krankheit teſtirunfähig iſt[1]. Die Subſtitution kann daher nur in Geltung treten, wenn der Deſcendent von der Errichtung der Subſtitution bis zu ſeinem Tode beſtändig im Furor verbleibt[2]; ſo bald er durch ein lucidum intervallum teſtirfähig wird[3], erliſcht ſie[4].

III. Das Recht zur Quaſipupillarſubſtitution ſetzt ad exemplum p. s. voraus, daß der Subſtituent für ſich ſelbſt ein gültiges Teſtament errichtet[5], welches das testamentum principale bildet,

---

v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 456 Anm. sub 4, Haimberger im Arch. f. civ. Pr. Bd. 12 S. 354 ff. Manche Juriſten nehmen an, daß die Subſtitution jedes einzelnen Aſcendenten zunächſt für das von ihm ſelbſt herrührende Vermögen wirkſam werde und nur für das übrige Vermögen des Geiſteskranken die erwähnte Rangordnung Platz greife, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 28 ff., Puchta, Pand. u. Vorl. § 479. Andere Juriſten behaupten, die von mehreren Aſcendenten ernannten Subſtituten ſtänden zu einander in dem Verhältniß von Miterben, die in demſelben Teſtament eingeſetzt ſind, Thibaut im Arch. f. civ. Pr. Bd. 5 S. 341 ff. Eine dritte Anſicht geht dahin, es gelte nur die Subſtitution desjenigen Aſcendenten, welcher alle übrigen überlebt habe, Haimberger a. a. O. Ueber anderweitige Meinungen älterer Juriſten vgl. v. Bangerow a. a. O.

[1] § 1 I. l. c. i. f.

[2] c. 9 cit. . . . mente captus perpetuo.

[3] c. 9 C. qui test. fac. poss. (6. 22). Furiosum in suis indutiis ultimum condere elogium posse.

[4] c. 9 cit. . . . si postea resipuerit vel resipuerint talis substitutio cessat.

[5] Von manchen Juriſten wird in dieſer Beziehung die paritas rationis beſtritten, ſo von v. Löhr im Arch. f. civ. Pr. Bd. 5 S. 112, Dernburg, Pand. Bd. 3 § 90. Für dieſelbe erklären ſich Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 3 ff., Brinz, Pand. § 375 Note 8, Windſcheid, Pand. § 560 Note 5.

so daß das Quasipupillartestament nur ein Bestandtheil (pars et sequela) desselben ist mit denselben Consequenzen wie bei der Pupillarsubstitution. Auch die Gültigkeit dieses Testaments setzt nach Analogie des Pupillartestaments nicht voraus, daß der Testator den Geisteskranken zum Erben instituirt oder rechtmäßig enterbt (S. 525 sub III)[1], aber das Substitutionsrecht ist hier, abweichend von der Pupillarsubstitution durch Hinterlassung des Pflichttheils bedingt, die durch Vermächtniß geschehen kann[2].

IV. Die Quasipupillarsubstitution besteht ad exemplum p. s. in der Berufung eines oder mehrerer directen Erben in das gesammte Vermögen, welches der geisteskranke Descendent bei seinem Tode hinterläßt[3]. An die Vorschriften des Notherbenrechts ist der Substituent wie bei Pupillarsubstitution nicht gebunden[4], und für

---

[1] A. M. Mühlenbruch a. a. O. S. 2, Puchta, Pand. § 479.

[2] Nur von dieser Bedingung ist es in der c. 9 cit. abhängig gemacht.

[3] So können allein mit der herrschenden Doctrin die bezüglichen Worte in c. 9 C. cit. und in Justinian's Relation in § 1 I. cit. verstanden werden: liceat iis ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere. Sie enthalten den deutlichsten Hinweis auf die Analogie der Pupillarsubstitution und damit die Bestimmung, daß, wie diese, so auch die Quasipupillarsubstitution die directe Erbfolge in das ganze Vermögen des Geisteskranken zum Gegenstand haben, und die Abweichung sich darauf beschränken solle, daß bei der Quasipupillarsubstitution certae personae zu berücksichtigen seien. Dieser communis opinio sind zwei Ansichten gegenübergestellt: a) es handle sich bei der Quasipupillarsubstitution überhaupt nicht um eine Erbeinsetzung, sondern nur um eine fideicommissarische Substitution in das dem Geisteskranken von seinem Ascendenten Hinterlassene; b) die Quasipupillarsubstitution sei zwar eine directe Erbeinsetzung, aber nur in das dem Geisteskranken von seinem Ascendenten Hinterlassene. Nach beiden Ansichten soll sich also das von Justinian dem Ascendenten eingeräumte Substitutionsrecht nicht auf das von dem Geisteskranken anderweitig erworbene Vermögen erstrecken. Ueber die Vertreter dieser beiden Ansichten vgl. v. Bangerow a. a. O. § 456 und gegen deren Begründung Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 8 sub 6, Brinz, Pand. § 375 Note 10, Windscheid, Pand. § 560 Note 4.

[4] c. 9 cit. . . . legitima portione ei vel iis relicta, quos voluerint his substituere, ut occassione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris substitutionis nulla querela contra testamentum eorum oriatur. Diese Worte werden in verschiedener Weise ausgelegt. Windscheid a. a. O.

die Belastung des Substituten mit Vermächtnissen gilt auch bei der Quasipupillarsubstitution der Satz: parens de suo legat (S. 531 ff.). Aber die Wahl der Quasipupillarsubstituten ist durch folgende Vorschrift beschränkt: hat der Geisteskranke Descendenten (Kinder oder Enkel), die geistig gesund sind, so sollen diese oder einige oder doch einer derselben substituirt werden[1], hat der Geisteskranke keine solche Descendenz, aber der Substituent geistig gesunde Kinder (liberi), so sind diese Geschwister des Geisteskranken (fratres), oder doch einer oder einige derselben zu substituiren[2].

V. Hat der Ascendent seinen geisteskranken Descendenten als seinen Erben instituirt, so kann er ihm zugleich einen Vulgar- und einen Quasipupillarsubstituten ernennen: für den Fall, daß er den Parens nicht beerbt, und auf den Fall, daß er ihn beerbt, und in ununterbrochenem Wahnsinn stirbt. Ist die Substitution nur für den einen oder andern Fall erfolgt, so greift ad exemplum p. s. die Rechtsvermuthung Platz: in der Vulgarsubstitution ist auch die Pupillarsubstitution und in dieser auch jene enthalten (S. 530)[3].

VI. Wie das Quasipupillartestament ein Theil des Testaments des Substituenten ist, so ist auch ad exemplum p. s. die Quasipupillarerbschaft ein Theil der Erbschaft des Substitueuten. Es giebt für beide Erbschaften nur Einen Testator, den Substituenten, der die dem Geisteskranken ernannten Erben auch zu seinen Erben macht, weil sein letzter Wille sie zur Erbfolge in die Quasipupillarerbschaft beruft. Es existirt also bei der Quasipupillarsubstitution dieselbe Identität des Testators wie bei der Pupillarsubstitution: die daraus für diese abgeleiteten Rechts-

---

Note 5 will sie verstehen von der Querel des Geisteskranken gegen das elterliche Testament, die durch Hinterlassung des Pflichttheils ausgeschlossen werden müsse. Eine Bestimmung ad exemplum pupillaris substitutionis enthalten sie nur, wenn sie sagen wollen, daß bei der Ernennung der Substituten keine Notherben zu berücksichtigen sind, weder die des Geisteskranken, noch des Testators, vgl. S. 529 Note 1, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 7.

[1] c. 9 cit. . . . Vel si filii — vel omnes substituere.

[2] c. 9 cit. § 1. Sin vero etiam liberi — substitutionem oportet.

[3] Abweichend Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 343.

vorschriften müssen deßhalb auch für die Quasipupillarsubstitution Geltung haben (S. 532 sub V).

VII. Sind mehrere Grade von Quasipupillarsubstitutionen gemacht, so findet ad exemplum p. s. die Regel: substitutus substituto est substitutus et instituto keine Anwendung (S. 539 sub VI).

VIII. Die Quasipupillarsubstitution verliert ad exemplum p. s. ihre Geltung: a) durch Genesung des geisteskranken Descendenten (S. 543 Note 4); ein Rückfall stellt die erloschene Substitution nicht wieder her, und ein vor dem Rückfall von dem Descendenten errichtetes Testament schließt nach dem Rückfall die Erneuerung der Substitution aus[1]; b) wegen Indignität des Substituten in dem § 18 S. 151 sub III. 2 bezeichneten Fall; c) wenn dem verheiratheten geisteskranken Descendenten, welcher erst nach Errichtung des Quasipupillartestaments Kinder oder Geschwister erhalten hat, andere Personen als Substituten ernannt sind[2]; d) wenn der Substitut vor dem Geisteskranken stirbt oder dieser vor dem Substituenten und aus den S. 540 sub VII. 1, 5 u. 6 für die Aufhebung der Pupillarsubstition angeführten Gründen.

Eine Ausdehnung der Quasipupillarsubstitution auf verwandte Fälle ist wie bei allen Vorschriften des ius singulare unzulässig. Für Personen, die nicht wegen Geisteskrankheit, sondern aus andern Gründen testirunfähig sind, für Stumme, Taubstumme oder prodigi (§ 67), kann der Vater nur auf Grund eines durch constitutio personalis verliehenen Privilegiums ein Testament errichten. Hier wird aber die Erbesernennung nicht bloß unwirksam, wenn die Testirunfähigkeit aufhört, sondern auch wenn dem Unfähigen ein heres suus geboren wird[3].

---

[1] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 35 sub 8.

[2] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 37.

[3] l. 43 pr. D. de vulg. subst. (28. 6). Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 477 ff., Bd. 41 S. 40 ff., Windscheid a. a. O. Note 8.

4. Die Enterbung*.

§ 83.

Eine Enterbung, exheredatio, iſt die vom Teſtator ausdrücklich erklärte Ausſchließung einer Perſon von der directen Erbfolge. Dieſe Verfügung, mit der Vermächtniſſe an dieſe Perſon nicht in Widerſpruch ſtehen[1], fordert keine ſolenne Erklärung in beſtimmten Worten[2], aber eine Erklärung, aus welcher ſich der Wille der Ausſchließung unzweifelhaft ergiebt[3], und eine Erklärung in einem gültigen Teſtament[4]. Es muß daher neben der Enterbung wenigſtens noch eine gültige Erbeinſetzung angeordnet ſein, damit ein Teſtament exiſtirt[5]. Einer ſolchen Enterbung bedarf es, um gewiſſe Notherben von der Erbfolge auszuſchließen, die ein Recht auf Erbeinſetzung haben, welches ihnen der Teſtator nur entziehen kann unter Angabe des geſetzlichen Enterbungsgrundes, aus welchem er ſie bei der Ernennung ſeiner Erben präterirt oder für exheredes erklärt hat[6]. Andere Perſonen werden ſchon dadurch, daß ſie nicht zu Erben eingeſetzt ſind, von der Erbfolge ausgeſchloſſen[7].

Iſt in einem Teſtament dieſelbe Perſon zugleich inſtituirt und exheredirt[8], ſo entſcheidet der durch Interpretation ermittelte

---

* I. 2. 13 de exheredatione liberorum. D. 28. 2 de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. C. 6. 28 de liberis praeteritis vel exheredatis. C. 6. 29 de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. — Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 36 S. 391 ff., Arndts, Civil. Schriften Bd. 2 S. 651 ff., Windſcheid, Pand. Bd. 3 § 562.

[1] § 1. i. f. I. h. t.

[2] c. 3. C. t. c. (6. 28). Das alte Recht forderte die Formel exheres esto oder sit oder erit, Gaius II. 127.

[3] l. 19 i. f. D. t. c. (28. 2). Mühlenbruch a. a. O. S. 392.

[4] § 2 I. de codic. (2. 25), c. 14 C. de testam. (6. 23).

[5] § 34 I. de leg. (2. 20).

[6] Nov. 115 c. 3 pr. . . . penitus non licere . . . filium vel filiam . . . praeterire vel exheredes facere . . . § 13 . . . nisi ingratitudinis causas scribi et approbari contigerit.

[7] Vgl. l. 132 pr. D. de V. O. (45. 1).

[8] Ueber dieſen Fall iſt zu vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 393 ff. Windſcheid a. a. O. Note 4 und die Entſcheidung des R.-G. in Seuffert's Arch. Bd. 42 Nr. 41.

Wille des Erblassers, welche von den beiden sich widersprechenden Verfügungen Geltung hat[1]. Läßt sich aber dieser Wille nicht mit Sicherheit feststellen, so darf der Widerspruch weder die Wirkung haben, daß er beide Verfügungen aufhebt, noch die, daß die spätere Verfügung den Vorzug vor der früheren hat, sondern es muß die Erbeinsetzung gelten nach dem sich aus dem Zweck des Testaments ergebenden Grundsatz: exheredationes non sunt adiuvandae[2]. Bei Vermächtnissen hat das römische Recht nach dem Satz: posteriorem scripturam priori esse potiorem den Widerruf durch widersprechende Verfügungen in demselben Testament zugelassen[3], bei Erbeinsetzungen nicht: regula est iuris civilis, qua constitutum est, hereditatem adini non posse[4]. Nach dieser Regel kann die Erbeinsetzung einer Person nicht eodem testamento zurückgenommen werden, auch nicht durch eine nachfolgende Enterbung, und ebensowenig die Enterbung durch eine nachfolgende Erbeinsetzung. Der Widerruf dieser Dispositionen, die nur im Testament gemacht werden können, setzt den Widerruf des Testaments in der gesetzlichen Form voraus: durch Vernichtung des Testaments, durch Errichtung eines neuen Testaments, oder unter gewissen Voraussetzungen durch Widerruf vor drei Zeugen[5]. Es kann also, wenn Jemand in demselben Testament instituirt und exheredirt ist, von einem Widerruf der einen Disposition durch die andere nicht die Rede sein. Aber der Testator kann nur eine dieser beiden Dispositionen gewollt haben, da die eine die andere ausschließt. Läßt sich durch Interpretation nachweisen, welche Disposition er gewollt, und welche er zwar erklärt, aber nicht gewollt hat, so gilt nach allgemeinen Grundsätzen die gewollte Disposition[6]. Läßt sich aber der Wille des Testators durch Interpretation nicht feststellen, so hat nach allgemeinen Grundsätzen die Erbeinsetzung Geltung, es

[1] Vgl. § 73 S. 462 Note 5.

[2] Vgl. § 73 S. 463 Note 1. 2.

[3] l. 17 D. de adim. v. transt. leg. (34. 4).

[4] l. 13 § 1 D. de lib. et post. (28. 2).

[5] Vgl. § 85 S. 569.

[6] Vgl. § 73 S. 464 Note 6.

mag ihr die Enterbung nachfolgen[1] oder vorausgehen[2]: in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est quam tutius[3]. Auf denſelben Gründen beruht die Entſcheidung der Quellen, nach welcher, wenn eine Perſon in demſelben Teſtament pure und sub conditione inſtituirt iſt, in re dubia die unbedingte Erbeinſetzung Geltung hat, mag ſie der bedingten nachfolgen oder vorausgehen[4]: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur[5].

---

[1] l. 13 § 1 D. de lib. et post. (28. 2). Regula est iuris civilis, qua constitutam est, hereditatem adimi non posse, propter quam liber et heres esse iussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilo minus et libertatem et hereditatem habebit. Nur im Soldatenteſtament war dieſe ademtio hereditatis zuläſſig, l. 17 § 2 D. de test. milit. (29. 1). Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 65.

[2] l. 21 D. de lib. et post. (28. 2). l. 1 D. de H. I. (28. 5).

[3] Vgl. § 73 S. 463 Note 1.

[4] l. 68 (67) D. de H. I. (28. 5). Si ita scriptum fuerit: „Tithasus si in Capitolium ascenderit heres esto; Tithasus heres esto“, secunda scriptura potior erit: plenior est enim quam prior. — l. 27 § 1 D. eod. Sed si te heredem instituero et deinde eundem te sub conditione instituam, nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset. Bei Vermächtniſſen gilt, wo der Wille des Erblaſſers zweifelhaft bleibt, die letzte Verfügung, l. 12 § 3 D. de leg. (30), l. 40 § 2, l. 51 pr., l. 87 D. dc condit. (35. 1) Ueber den Fall der l. 17 D. de cond. instit. (28. 7) und die l. 27 § 2 D. de H. I. (28. 5) vgl. § 78 S. 509 Note 4 und über den gleichen Fall bei Vermächtniſſen l. 87—89 de condit. (35. 1).

[5] Vgl. § 73 S. 463 Note 1. Die ſich aus dem Zweck des Teſtaments ergebenden Grundſätze des römiſchen Rechts haben heute ebenſo unveränderte Geltung, wie die römiſchen Vorſchriften, welche den Widerruf des Teſtaments aus guten Gründen von beſtimmten Formen abhängig machen. Es giebt keinen Rechtsſatz, der ſie und die Regel hereditas adimi non potest außer Anwendung geſetzt hätte. Deshalb kann auch heute einer Enterbung, die den Zweck hat, eine Erbeinſetzung in demſelben Teſtament aufzuheben, keine Kraft beigelegt werden. Nur wo die Interpretation ergiebt, daß die Erbeinſetzung, obwohl ſie erklärt, doch nicht gewollt iſt, gilt die Enterbung; wo es für dieſe Interpretation an Anhaltspunkten fehlt, gilt die Erbeinſetzung. A. M. iſt Windſcheid a. a. O. § 562 Note 4 u. § 554 Note 15, weil die römiſche Entſcheidung nur auf dem großen Schwergewicht beruhe, welches für die römiſche Auffaſſung die Ernennung zum heres hatte; für das heutige Recht

Selbstverständlich liegt keine ademtio hereditatis vor, wenn einer bedingten Erbeinsetzung die Enterbung des Instituirten sub conditione contraria hinzugefügt ist; hier macht die Deficienz der Bedingung die Erbeinsetzung unwirksam, nicht die hinzugefügte Enterbung, die nur jene Wirkung der Deficienz noch besonders ausspricht, deßhalb überflüssig ist[1]. Auch die Enterbung eines sub modo instituirten Erben für den Fall der Nichterfüllung des Modus ist natürlich keine ademtio hereditatis, aber sie macht die Erfüllung des Modus zu einer Bedingung für die Erbeinsetzung[2]. Ebensowenig tritt bei der Durchstreichung (inductio) einer Erbeinsetzung vor vollendeter Testamentserrichtung eine ademtio hereditatis ein; sie bewirkt, daß diese Erbeinsetzung im Testament nicht enthalten ist[3], aber nicht die Aufhebung derselben durch eine widersprechende Verfügung: non quasi ademta (videtur), quoniam hereditas semel data adimi facile non potest, sed quasi nec data[4].

---

dürfe diese Entscheidung in gleicher Weise bei Seite gestellt werden, wie die Entscheidung über die bedingte und unbedingte Erbeinsetzung derselben Person, vgl. auch Kohler in Grünhut's Zeitschr. VII S. 721 ff. M. E. hat die Erbeinsetzung, von der die Gültigkeit des Testaments abhängt, für das heutige Recht dasselbe Gewicht wie für das römische.

[1] Im alten Notherberecht war eine solche ausdrückliche exheredatio sub conditione contraria für den sub conditione instituirten suus aus psychologischen Gründen vorgeschrieben, l. 4 pr. § 2, l. 88 (86) pr. de H. I. (28. 5), l. 1 § 8 D. si quis om. c. test. (29. 4), vgl. § 89 S. 594.

[2] l. 45 (44) D. h. l. (28. 5), Puchta, Pand. § 480 Note b. Auch bei der Erbeinsetzung cum cretione wurde diese nicht durch eine nachträgliche Enterbung aufgehoben, sondern durch Deficienz einer Resolutivbedingung: Gaius II. 164 ff.; hier war die Ausübung der Erbberechtigung aus der Delation der Erbschaft durch die Erklärung des Antritts von der Resolutivbedingung abhängig gemacht, daß diese Erklärung innerhalb einer bestimmten Frist erfolgt (quodni ita ereveris, exheres esto), wie dies nach der l. 72 D de A. v. O. H. (29. 2) noch heute geschehen kann, ohne daß für den Fall der Deficienz der Bedingung die Enterbung noch ausdrücklich hinzugefügt zu werden braucht, vgl. § 16 S. 136, § 26 S. 173, § 78 S. 509 sub III.

[3] l. 1 § 2, l. 2 D. de his quae in testam. delentur inducuntur vel inscribuntur (28. 4), l. 1 § 1 D. eod. Bei Vermächtnissen wirkt die ademtio wie die inductio, l. 15. l. 16 D. de adim. v. transf. legat. (34. 4).

5. Gemeinſchaftliche und wechſelſeitige Teſtamente*.

§ 84.

Ein gemeinſchaftliches Teſtament (ſ. g. testamentum simultaneum) nennt man die Teſtamente mehrerer, gewöhnlich zweier, Perſonen, die durch Einen Solennitätsact errichtet ſind. In demſelben ſind nicht die Teſtamente der mehreren Teſtatoren zu Einem Teſtament über ihren Geſammtnachlaß verbunden, ſondern es enthält das Teſtament jedes Teſtators über ſeine Erbſchaft, alſo ſo viele Teſtamente als Teſtatoren, aber den Errichtungsact haben dieſe mehreren Teſtamente mit einander gemein. Dieſe Gemeinſchaft macht ſie zu einem gemeinſchaftlichen Teſtament. Die Gültigkeit deſſelben nach Juſtinianiſchem und nach heutigem gemeinem Recht iſt nicht zu bezweifeln. Es ſteht mit den allgemeinen Erforderniſſen der Teſtamentserrichtung nach römiſchem Recht nicht in Widerſpruch[1], insbeſondere nicht mit dem Requiſit des unitas

---

[1] l. 1 § 4 D. t. c. (28. 4). Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 396 ff.

*) Glück's Commentar Bd. 35 S. 50 ff., Mühlenbruch ebenda Bd. 38 S. 214 ff. Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinſchaftlichen Teſtamenten S. 87 ff. (1860), Haſſe im Rhein. Muſeum Bd. 3 S. 239 ff., S. 490 ff. Bolley, Beitrag zur Lehre von den correſpectiven Teſtamenten der Eheleute, (1846) Buchka, Zeitſchr. f. deutſch. R. Bd. 12 S. 210 ff. (1848), Göz, Arch. f. civ. Pr. Bd. 54 S. 145 ff. (1871), Heinzerling, Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 10 S. 253 ff., S. 337 ff. (1875), Windſcheid, Pand. § 568 u. die dort Citirten.

[1] Ein gemeinſchaftliches Teſtament iſt ausdrücklich anerkannt in einer Conſtitution von Valentinian III. (Nov. Valent. III. tit. XX c. 1), die keine ſinguläre Vorſchrift aufſtellt, ſondern eine dem beſtehenden Recht entſprechende Entſcheidung geben will; in das Juſtinianiſche Geſetzbuch wurde ſie nur deshalb nicht aufgenommen, weil ihr weſentlicher Inhalt in einer Wiederholung der älteren c. 19 C. de testam. (6. 23) von Honorius beſteht, vgl. Hartmann a. a. O. S. 99 ff. Auch die c. 19 C. de pactis (2. 3) enthält die Anerkennung eines gemeinſchaftlichen Soldatenteſtaments auf Grund des beſtehenden Rechts; es kann alſo aus ihr nicht eine ſtillſchweigende Mißbilligung der gemeinſchaftlichen Teſtamente anderer Perſonen gefolgert werden, vgl. Hartmann a. a. O. S. 96 ff.

actus[1], und es steht fest, daß sich nach der Reception des römischen Rechts die gemeinschaftlichen Testamente in Deutschland eingebürgert haben, und daß sie durch deutsches Gewohnheitsrecht, dessen Grundlage das römische Testamentsrecht bildet, allgemein anerkannt worden sind[2]. Es gelten für sie folgende Principien:

1. Ein gemeinschaftliches Testament kann in jeder Testamentsform errichtet werden: als Privattestament oder als öffentliches Testament, mündlich oder schriftlich. Es ist nicht durch besondere Voraussetzungen bedingt hinsichtlich der testirenden Personen[3], oder hinsichtlich des Inhalts des Testaments[4]; es setzt nur

---

[1] Aeltere wie neuere Juristen behaupten, die Gültigkeit der gemeinschaftlichen Testamente nach römischem Recht setze eine singuläre Rechtsvorschrift voraus, wie sie die S. 551 Note 1 cit. c. 19 C. de pactis für das Soldatentestament enthalte. Das regelmäßige Recht schließe diese Testamente aus, weil das Erforderniß der unitas actus bei ihnen verletzt werde, da jedes der beiden Testamente wegen der gleichzeitigen Errichtung das andere unterbreche. So schiebe sich z. B. beim schriftlichen Testamente zwischen die Testamentserklärung des ersten Testators und die Unterschrift der Zeugen die Testamentserklärung des zweiten Testators ein; vgl. Glück a. a. O. S. 55. Puchta, Pand. u. Verl. § 481, Brinz, Pand. § 370 sub 3. Die Vertreter dieser Ansicht legen dem Requisit der unitas actus einen Sinn bei, den es nach römischem Recht nicht hat. Die unitas actus fordert nur, daß in den Testiract keine frembartigen Geschäfte eingemischt werden, und daß seine Vollendung nicht durch Pausen unterbrochen oder vertagt wird, vgl. § 69 S. 439 sub III, Hartmann a. a. O. S. 93 ff., Windscheid a. a. O. Note 28 ff. Note 2.

[2] Dies ist nachgewiesen von Hartmann a. a. O. S. 106 ff.

[3] Nach der Ansicht mancher Juristen sollen nur Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichten können, vgl. v. Holzschuher, Theorie u. Casuist. Bd. 2 § 156 sub 1. Hartmann a. a. O. S. 111 ff. hat gezeigt, daß sich gemeinschaftliche Testamente anderer Personen aus allen Theilen Deutschlands in Menge nachweisen lassen; sie waren nur von jeher und sind noch heute unter Ehegatten besonders üblich, vgl. Seuffert, Arch. Bd. 4 S. 63.

[4] Manche Juristen nehmen an, das gemeinschaftliche Testament sei nur gültig als ein wechselseitiges Testament, in welchem sich die mehreren Testatoren gegenseitig zu Erben ernannt haben, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 215 ff. Note 74, Puchta, Pand. u. Vorl. § 481, Brinz, Pand. § 370 Note 21 und dagegen Hartmann a. a. O. S. 113 ff.

die Einheit des Solennisirungsacts voraus d. i. die Einheit der Handlungen, welche zum Testiract gehören. Beim mündlichen Testament fordert diese, daß die mehreren Testatoren ihren letzten Willen unmittelbar hintereinander vor denselben Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll erklären. Beim schriftlichen Testament fordert sie die unmittelbar hintereinander abgegebene Erklärung der mehreren Testatoren, daß die den Zeugen vorgelegte Urkunde ihren letzten Willen enthalte, ihre sofort nachfolgende Unterschrift, wenn die Urkunde ein s. g. testamentum allographum ist, und die Unterschrift der Zeugen unter Beifügung eines Siegels. Beim s. g. testamentum iudici oblatum fordert sie die gemeinsame mündliche Erklärung der mehreren Testatoren zu gerichtlichem Protokoll, daß in der dem Gericht vorgelegten Urkunde ihr letzter Wille enthalten sei, mit nachfolgender Vorlesung und Genehmigung dieses Protokolls. Die Abfassung der Urkunde, welche den Zeugen oder dem Gericht vorzulegen ist, gehört nicht zum Solennisirungsact, deßhalb wird die Einheit desselben nicht unterbrochen, wenn die Urkunde aus mehreren besonderen Aufsätzen besteht, in welchem jeder Testator seinen letzten Willen erklärt hat. Ebensowenig ist die für das Privattestament vorgeschriebene rogatio testium ein Bestandtheil des Solennisirungsacts; sie muß diesem *vorausgehen* und von jedem der mehreren Testatoren erfolgen[1].

2. Das gemeinschaftliche Testament ist ein *gegenseitiges* oder *wechselseitiges* Testament (s. g. testamentum reciprocum oder mutuum), wenn die mehreren Testatoren sich gegenseitig zu Erben einsetzen[2] oder sich auf andere Weise, während sie dritte Personen zu Erben ernennen, gegenseitig bedenken, z. B. durch Zuwendung des Nießbrauchs ihres Nachlasses oder sonstiger Vermächtnisse[3]. Durch diese gegenseitige Honorirung hören die wechselseitigen Testamente nicht auf mehrere Testamente der mehreren Testatoren zu sein. Deßhalb unterliegt jedes Testament

[1] Vgl. § 69 sub I. II. III.

[2] Vgl. *Mühlenbruch* a. a. O. S. 215 Note 74.

[3] *Hartmann* a. a. O. S. 114; vgl. *Seuffert*, Arch. Bd. 4 Nr. 63 sub 1. a, Bd. 7 Nr. 200, Bd. 45 Nr. 257.

dem einseitigen Widerruf seines Urhebers[1]. Ebenso wenig bewirkt die bloße gegenseitige Honorirung der Erblasser, daß ihre Testamente s. g. testamenta correspectiva sind d. h. reciproke Testamente, die in gegenseitiger Abhängigkeit von einander stehen[2]: die Ungültigkeit des einen Testamentes, z. B. durch Nachgeburt eines Notherben oder seine Unwirksamkeit wegen Repudiation des instituirten Erben, zieht nicht auch die Ungültigkeit des andern nach sich, und durch den Widerruf des einen Testaments wird nicht auch das andere aufgehoben[3]. Sollen die gegenseitigen Honorirungen unwiderruflich sein, so müssen die Erblasser sie als vertragsmäßige intendirt, also einen Erbvertrag oder einen Vermächtnißvertrag gewollt haben, und diese Absicht muß aus den gebrauchten Worten oder aus den gesammten Umständen des individuellen Falles durch Auslegung, die allein der richterlichen Beurtheilung unterliegt, entnommen werden können. Im Zweifel ist daher Widerruflichkeit anzunehmen, kein gegenseitiger Erbvertrag, sondern ein testamentum reciprocum[4]. Sollen gegenseitige Honorirungen zugleich in Abhängigkeit von einander stehen, so muß dieser Wille von den Testatoren ausdrücklich erklärt sein oder aus concludenten Handlungen durch Auslegung mit Sicherheit gefolgert werden können; auch hier kann die Auslegung nur Gegenstand der richterlichen Beurtheilung, nicht Gegenstand des Beweisverfahrens sein[5]. Eine Rechtsvermuthung giebt es weder für die Unwiderruflichkeit der gegenseitigen Honorirungen, noch für ihre Abhängigkeit von einander[6]. Ob ein Erbvertrag vorliegt, oder ein testamentum correspectivum, oder bloß ein testamentum reciprocum ist in jedem Einzelfall quaestio facti[7].

---

[1] Hartmann a. a. O. S. 116. Mühlenbruch a. a. O. S. 218; vgl. Seuffert Arch. Bd. 7 Nr. 200.

[2] Hartmann a. a. O. S. 124 ff.

[3] Mühlenbruch a. a. O. S. 216.

[4] Hartmann a. a. O. S. 121—124.

[5] Vgl. S. 462 Note 5. Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 163. Abweichend Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 221, Bd. 10 Nr. 184.

[6] Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 164.

[7] Göz a. a. O. S. 155 ff., Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 200, Bd. 11

3. Durch die Correſpectivität hören die wechſelſeitigen Teſtamente nicht auf mehrere Teſtamente der mehreren Teſtatoren zu ſein[1]. Deßhalb kann auch in einem correſpectiven Teſtament jeder Teſtator nur über ſeine Erbſchaft Verfügungen treffen, nicht über die Erbſchaft ſeines Mitteſtators, deßhalb kann jeder Teſtator die von ihm getroffenen Verfügungen einſeitig widerrufen, und deßhalb muß das Teſtament des zuerſt verſterbenden Teſtators ſofort nach ſeinem Tode eröffnet werden: Stellvertretung iſt bei der Errichtung eines Teſtaments unzuläſſig[2], die Unwiderruflichkeit ſteht mit der Natur des Teſtaments im Widerſpruch[3], und die Anordnung, daß die Eröffnung des Teſtaments erſt nach dem Tode des Mitteſtators erfolgen ſolle, iſt wirkungslos, weil dritte Perſonen ein Intereſſe an der alsbaldigen Kenntniß des Teſtaments haben können[4]. Das correſpective Teſtament iſt alſo als ein römiſches Teſtament zu betrachten, auf welches lediglich die Grundſätze des römiſchen Teſtamentsrechts zur Anwendung kommen dürfen, nicht das deutſche Recht des Erbvertrags, der die Entſagung auf die Widerruflichkeit vorausſetzt[5].

Das Beſondere eines correſpectiven Teſtaments beſteht nur darin, daß jeder Teſtator ſeinen Beerbungsplan mit Rückſicht auf den Beerbungsplan des Mitteſtators macht und folgeweiſe mit dem Willen, daß derſelbe ſich nur verwirklichen ſoll, wenn ſich der Beerbungsplan des Mitteſtators verwirklicht, daß er alſo ſeine Gültigkeit verlieren ſoll, wenn der Beerbungsplan des Mitteſtators ver-

---

Nr. 57, Bd. 12 Nr. 172, Bd. 16 Nr. 123, Bd. 34 Nr. 312, Bd. 45 Nr. 257. Die von manchen Juriſten aufgeſtellte ſ. g. Präſumtion für die Correſpectivität iſt lediglich eine Interpretationsregel, die nur ſagen kann und will, daß bei der Auslegung auch die Erfahrungen des Lebens berückſichtigt werden müſſen, Seuffert, Arch. Bd. 40 Nr. 29. Götz a. a. O. S. 155 ff.

[1] Hartmann a. a. O. S. 124 ff. Mühlenbruch a. a. O. S. 218 ff.

[2] Vgl. § 67 S. 433 sub V.

[3] Vgl. Einleit. S. 4, § 3 und § 66.

[4] l. 4 D. test. quemadm. aper. (29. 3), l. 1—3 D. eod. Hartmann a. a. O. S. 115 Note 1. Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 310.

[5] Götz a. a. O. S. 173.

eitelt wird[1]. Andere Erfordernisse als diesen Willen hat die Correspectivität des Testaments nicht; Gleichheit der gegenseitigen Vermögenszuwendungen setzt sie nicht voraus[2]. Die Form, in welcher sich dieser Wille allein realisiren läßt, ist die Form der Bedingung[3]. Jedes Testament wird auf Grund dieses Willens unter der Bedingung errichtet, daß das Testament des Mittestators bei dessen Tode mit seinem ganzen Inhalt rechtlichen Bestand hat und in Wirksamkeit tritt[4]. Diese Bedingung ist durchaus zulässig. Sie macht die gegenseitigen Zuwendungen nicht zu captatorischen Verfügungen, weil sie keine conditio in futurum collata ist, da sie sich auf Zuwendungen in gleichzeitig errichteten Testamenten bezieht[5]. Es kommt aber in Betracht, ob diese Bedingung als Suspensivbedingung aufzufassen ist oder als Resolutivbedingung mit obligatorischer Wirkung d. i. als Voraussetzung, und wie sich in dem einen und in dem anderen Fall die Rechtsverhältnisse gestalten, je nachdem das correspective Testament nur eine wechselseitige Erbeinsetzung der beiden Testatoren enthält oder neben diesen gegenseitigen Honorirungen noch Honorirungen anderer Personen, oder noch Verfügungen über das Vermögen beider Testatoren für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden.

a) Bei einem correspectiven Testament, welches nur eine wechselseitige Erbeinsetzung der Testatoren enthält unter der Suspensivbedingung, daß das Testament jedes der beiden Testatoren bei seinem Tode volle Wirksamkeit hat, müssen die gewöhnlichen

---

[1] z. B. durch die Bestimmung, daß die beiderseitigen Verfügungen mit einander stehen und fallen sollen. Göz a. a. O. S. 156. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 93, Bd. 4 Nr. 63.

[2] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 63 sub 2. a.

[3] Hartmann, a. a. O. S. 128. Göz a. a. O. S. 157. Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 164 a. E.

[4] Göz a. a. O. S. 174.

[5] Gegen Hartmann a. a. O. S. 129 ff., der annimmt, die gegenseitige Bedingtheit mache die Zuwendungen zu captatorischen, vgl. Göz a. a. O. S. 153 ff. und die S. 551 Note 1 citirte Nov. Val. III. tit. XX c. 1 § 3: quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis affectus et similis religio testamenta condentium.

Grundsätze für suspensivbedingte Erbeinsetzungen zur Anwendung kommen. Wenn also etwa einer von beiden Testatoren durch Arrogation die Testirfähigkeit verliert oder sein Testament widerruft, so hinterläßt er bei seinem Tode ein nichtiges Testament, sofern es nicht vor demselben wieder zu Kräften gekommen ist[1]. Diese Nichtigkeit bewirkt für den verstorbenen Testator, daß er ab intestato beerbt wird, und für das Testament des überlebenden Testators, daß es wegen Deficienz der Bedingung, unter welcher es errichtet ist, ein testamentum destitutum wird. Besteht dagegen das Testament des einen Testators bei seinem Tode zu Recht, so wird aus demselben der überlebende Testator pure zur Erbschaft berufen, nicht unter der Bedingung, daß sein eigenes Testament bei seinem Tode wirksam ist. Dies wäre eine unmögliche Bedingung, weil bei einem correspectiven Testament, welches nur eine wechselseitige Erbeinsetzung der beiden Testatoren enthält, das Testament des Ueberlebenden nothwendig ein testamentum destitutum wird[2]. Zu demselben Resultat führt die Auffassung der Bedingung als Voraussetzung, weil unmögliche Voraussetzungen wie unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen pro non adiectis gelten.

b) Bei einem correspectiven Testament, welches neben den gegenseitigen Honorirungen der beiden Testatoren noch Honorirungen anderer Personen enthält[3], gestaltet sich die Sache in folgender Weise:

Ist beim Tode des einen Testators sein Testament als ungültig zu betrachten, so wird auch das Testament des Ueberlebenden ungültig, aber die Art der Ungültigkeit hängt davon ab, ob die Bedingung, daß jedes der beiden Testamente beim Tode des Testators volle Wirksamkeit habe, als Suspensivbedingung oder als Voraussetzung aufgefaßt werden muß. Ist sie als Sus-

---

[1] Wie es geschieht, wenn der arrogirte Testator von der patria potestas wieder befreit wird und das frühere Testament bestätigt, bezw. wenn er den Widerruf seines Testaments revocirt hat, vgl. S. 566 u. 570.

[2] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 315.

[3] Mühlenbruch a. a. O. S. 247 ff.

pensivbedingung aufzufassen, so wird das Testament des Ueberlebenden sofort nichtig als testamentum destitutum. Ist sie dagegen als eine Voraussetzung aufzufassen, so wird das Testament bloß anfechtbar beim Tode des Ueberlebenden für die Personen, die ohne das Testament seine Erben gewesen sein würden: diese Personen haben gegen den Testamentserben einen obligatorischen Anspruch auf Gewährung der Erbschaft, den sie als Besitzer der Erbschaft durch exceptio gegen die hereditatis petitio testamentaria, eventuell durch condictio geltend machen können[1], aber der Anspruch steht nur diesen Personen zu, cessirt also, wenn es an einem Anfechtungsberechtigten fehlt, weil keine Personen existiren, die ohne das Testament den Testator beerbt haben würden. Nach diesen Wirkungen entspricht die Auffassung der Bedingung als Voraussetzung der Absicht der beiden Testatoren nicht, wenn sie dahin geht, daß das eine Testament mit dem andern fallen soll[2]. Diese Absicht läßt sich nur realisiren, wenn jedes Testament unter der Suspensivbedingung errichtet wird, daß das Testament des Mitteſtators bei dessen Tode zu Recht besteht und in volle Wirksamkeit tritt. Es ist möglich, daß nach der Absicht der Testatoren nur im Fall des Widerrufs das eine Testament mit dem andern fallen soll, daß die Ungültigkeit aus jedem andern Grunde oder doch die Ungültigkeit, die nur in der Person des Honorirten ihren Grund hat, in dessen Unfähigkeit oder dessen Wegfallen, ohne Wirkung auf das Testament des Ueberlebenden bleiben soll. Ebenso ist auch möglich, daß nach der Absicht der Testatoren nicht alle, sondern nur einzelne der von ihnen getroffenen Verfügungen correspective sein sollen[3]. Aber hier wie dort muß diese Absicht, wenn nicht aus den gebrauchten Worten, doch aus den begleitenden Umständen nach den Erfahrungen des Lebens und den Regeln des Denkens mit Sicherheit vom Richter erkannt werden können. Andernfalls darf bei einem correspectiven Testament, dessen Inhalt

---

[1] Vgl. § 78 S. 511 sub IV.

[2] A. M. Windscheid, Pand. § 568 Note 5; er nimmt an, daß die juristische Kategorie der Voraussetzung zur Anwendung kommen müsse.

[3] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 40 Nr. 29.

ſich nicht auf die gegenſeitige Erbeinſetzung der Teſtatoren beſchränkt, nur der Geſichtspunkt maßgebend ſein, daß nach dem gemeinſchaftlich entworfenen Beerbungsplan der Teſtatoren die geſammten Dispoſitionen des einen Teſtaments die Grundlage bilden für die geſammten Dispoſitionen des andern. Wird eine dieſer Dispoſitionen in dem einen Teſtament vereitelt, gleichviel welche und gleichviel aus welchem Grunde, ſo verlieren die ſämmtlichen Dispoſitionen in dem anderen Teſtament ihre Baſis und damit beide Teſtamente ihre Gültigkeit, weil dieſe Baſis die Bedingung für ihre Gültigkeit bildet. Wenn ſich alſo etwa das Teſtament des einen Teſtators bei ſeinem Tode wegen Widerrufs als ungültig erweiſt, ſo iſt und bleibt das Teſtament des Ueberlebenden nichtig, auch wenn er den Widerruf erfahren und ſich dabei beruhigt hat. Darin darf keine ſ. g. Beſtätigung ſeines Teſtaments gefunden werden. Welchen Inhalt ein Teſtament hat, darüber entſcheidet die Zeit der Errichtung. Dispoſitionen, die darin unter der Suspenſivbedingung oder Vorausſetzung gemacht ſind, daß das Teſtament des Mitteſtators Kraft behält, können nicht nuda voluntate in Dispoſitionen ohne dieſe Bedingung oder Vorausſetzung umgewandelt und als ſolche beſtätigt werden. Dazu würde ein neues Teſtament erforderlich ſein[1].

Beſteht bei dem Tode des einen Teſtators ſein Teſtament zu Recht, ſo kann der überlebende Teſtator nur nach den Vorſchriften über die cautio Muciana (§ 57 S. 379 ff.) zu der Erbſchaft berufen werden: denn die Bedingung, daß das Teſtament des Ueberlebenden bei ſeinem Tode in volle Wirkſamkeit trete, ſchließt die conditio non faciendi in ſich, daß er es nicht wider-

[1] Es läßt ſich deshalb nicht rechtfertigen, wenn man unter Berufung auf den muthmaßlichen Willen der Teſtatoren, den Satz aufſtellt: der Widerruf des einen Teſtaments hebt das Teſtament des andern Teſtators nicht auf, wenn dieſer, obwohl ihm der Widerruf bekannt geworden iſt, ſein Teſtament unabgeändert gelaſſen hat, weil dann die Vermuthung der Correſpectivität wegfällt. Dieſe ſchon von älteren Juriſten vertretene Anſicht (vgl. Glück a. a. O. S. 67) iſt wieder aufgenommen von Windſcheid a. a. O. Note 5, der ſie aus dem Begriff der Vorausſetzung zu begründen verſucht; vgl. dagegen Göz a. a. O. S. 163.

rufen oder durch neue Dispositionen abändern werde. Nach jenen Vorschriften wird dem überlebenden Testator das ihm Zugewandte nur deferirt, wenn er den nach ihm Berechtigten d. i. den Intestaterben des Erstverstorbenen Realcaution bestellt hat, daß er ihnen im Fall der Deficienz der Bedingung Alles, was er aus der Erbschaft erhalten mit den gezogenen Früchten herausgeben und den verschuldeten Schaden ersetzen werde. Die Bestellung dieser Caution gilt als Erfüllung der Bedingung und bewirkt mit der Delation zugleich die Agnition: der überlebende Testator erwirbt das ihm Zugewandte definitiv, ist aber zur Restitution obligirt, wenn sein Testament ungültig geworden ist, weil er es widerrufen oder verändert, oder weil er bei seinem Tode Notherben hinterlassen hat. Verweigert er die Caution, obwohl er sie bestellen könnte, so erlischt die Honorirung wegen Deficienz der Bedingung und der Verstorbene wird ab intestato beerbt; kann er aber die Caution nicht aufbringen, so muß eine Cura oder Sequestration angeordnet werden. Haben die Testatoren sich gegenseitig im Testament von jeder Cautionsleistung und Inventarisirung freigesprochen, so bleiben gleichwohl die Vortheile der cautio Muciana von der Bestellung dieser Caution abhängig und von der zur Bemessung ihrer Höhe erforderlichen Inventarisation des Nachlasses. Dritten Personen, die als Erben berufen sind, wird die Erbschaft nur reservirt mit dem Anspruch auf bonorum possessio d. i. auf den Besitz des Erbrechts gegen Caution für eventuelle Restitution an die Intestaterben des verstorbenen Testators [1]). Vermächtnisse, die nach dem Tode des Erstversterbenden an Dritte geleistet werden sollen, werden unter einer der correspectiven Natur des Testaments entsprechenden Resolutivbedingung erworben [2].

c) Bei einem correspectiven Testament, in welchem sich beide Testatoren (A und B) gegenseitig zu Erben einsetzen und außerdem bestimmen, daß ihr beiderseitiges Vermögen nach dem Tode des Letztlebenden an die von ihnen bezeichneten Personen (z. B. an X, den Bruder des A und an Y, die Schwester des B) fallen

[1] Vgl. § 57 S. 377 ff.
[2] Vgl. Göz a. a. O. S. 181 ff.

ſollen[1], ſetzt ſich der gemeinſchaftliche Wille aus folgenden beiden Einzelwillen zuſammen[2]: unter Vorbehalt der Correſpectivität ſetzt jeder Teſtator den andern zum Alleinerben ein und ſubſtituirt für den Fall, daß derſelbe vor ihm ſterbe, den X und die Y je für die Hälfte des Vermögens[3]. Stirbt nun zuerſt A, ſo beerbt ihn aus ſeinem Teſtament B nach den Grundſätzen der cautio Muciana. Durch Beſtellung der Caution vereinigt ſich die Erbſchaft des A mit dem Vermögen des B zu Einem Vermögen; B hat deßhalb, wenn das Teſtament keine widerſprechende Beſtimmung enthält, die unbeſchränkte Freiheit, über das ererbte Vermögen zu verfügen. Stirbt dann B, ſo wird ſein hinterlaſſenes Vermögen, mit dem die Erbſchaft des A vereinigt iſt, dem X und Y als directen Erben zu gleichen Quoten deferirt. Soll aber nach Inhalt des Teſtaments der überlebende Teſtator über das ererbte Vermögen nicht frei disponiren können, ſondern daſſelbe bei ſeinem Tode zum vollen Betrage oder ſoweit es ſich noch bei ihm vorfindet an die bezeichneten Perſonen (X u. Y) reſtituiren, ſo iſt er mit einem gewöhnlichen Univerſalvermächtniß bzw. mit einem fideicommissum eius quod superfuturum erit[4] an dieſe Perſonen

---

[1] Mühlenbruch a. a. O. S. 224 ff., Hartmann a. a. O. S. 142 ff.

[2] Vgl. Göz a. a. O. S. 175.

[3] Das correſpective Teſtament iſt alſo in folgende beiden Einzelteſtamente zu zerlegen:

1) Das Teſtament des A verfügt:
   a. B ſoll mein Erbe ſein.
   b. Wenn B vor mir ſtirbt, ſollen X und Y meine Erben ſein.
   c. Dieſe Verfügungen ſollen nur gelten, wenn das Teſtament des B in volle Wirkſamkeit tritt.

2) Das Teſtament des B verfügt:
   a. A ſoll mein Erbe ſein.
   b. Wenn A vor mir ſtirbt, ſollen X und Y meine Erben ſein.
   c. Dieſe Verfügungen ſollen nur gelten, wenn das Teſtament des A in volle Wirkſamkeit tritt.

[4] Nov. 108 c. 1. 2. Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 39.

belastet[1], wenn sie seinen Tod erleben[2]. Ebenso verhält es sich mut. mutand., wenn der andere Testator (B) zuerst verstirbt. Im Uebrigen stehen auch in dem in Rede stehenden Falle des correspectiven Testaments die Einzeltestamente unter den Vorschriften des reinen römischen Testamentsrechts, nach welchem einerseits jeder Testator, so lange er lebt, sein Testament widerrufen kann, auch dann, wenn er den andern Testator bereits beerbt hat[3], und nach

---

[1] Göz a. a. O. S. 177. Die meisten Schriftsteller nehmen stets eine solche fideicommissarische Belastung zu Gunsten dieser Personen an, auch da, wo es derselben nicht bedarf, weil diese Personen den Nachlaß des Letztversterbenden und in ihm auch den Nachlaß des Vorverstorbenen als directe Erben erhalten müssen, vgl. Mühlenbruch a. a. O., Hasse a. a. O., Buchka a. a. O.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 10 Nr. 275. Hartmann a. a. O. S. 170 Note 3.

[3] Nach der heute auch in der Praxis herrschenden Ansicht wird durch den Erbschaftsantritt des überlebenden Testators dessen eigenes Testament mit seinem ganzen Inhalt unwiderruflich. Man hat diese Ansicht in verschiedener Weise begründet. Glück a. a. O. S. 68 ff., Mühlenbruch a. a. O. S. 223 ff. u. A. nehmen an, bei dem in Rede stehenden Testament verfüge jeder Testator zugleich über das Vermögen des andern, es liege ein das Vermögen beider Testatoren umfassendes Universalvermächtniß zu Gunsten der bezeichneten Personen vor; durch den Erbschaftsantritt des Ueberlebenden werde dieses Fideicommiß unabänderlich, da der Ueberlebende damit den Willen des Verstorbenen, der zugleich sein Wille sei, anerkenne und bestätige. Diese Construction führt zu einer bei der Errichtung eines Testaments unzulässigen Stellvertretung. Sie tritt ferner, wenn der Nachlaß des Erstversterbenden weniger beträgt als der des Letztsterbenden, in Widerspruch mit dem Grundsatz, nach welchem Niemand mit mehr honorirt werden kann, als er honorirt ist (l. 1 § 17 ad SC. Treb. (36. 1). Hasse a. a. O. S. 490 ff.; sie enthält keinen stichhaltigen Grund, aus welchem nach dem Erbschaftsantritt des Ueberlebenden dessen eigenes Testament unwiderruflich werden könnte, da ihn die aditio hereditatis nicht pure quasi ex contracta zur Restitution des auferlegten Fideicommisses obligirt, sondern nur unter der Bedingung, daß sein eigenes Testament Geltung behält, und er bei Deficienz dieser Bedingung aus der cautio Muriana verpflichtet ist, das ererbte Vermögen an die Intestaterben des Erstverstorbenen herauszugeben. Gleichwohl ist die Unwiderruflichkeit propter quasi contractum aditionis hereditatis, der die Wirkung eines Erbvertrages habe, in folgenden Entscheidungen des O. A. G. in Cassel, Dresden, Darmstadt und Celle angenommen worden: Seuffert, Arch.

welchen andererſeits die einzelnen in jedem Teſtament enthaltenen Verfügungen an die Suspenſivbedingung geknüpft ſind: wenn das andere Teſtament volle Wirkſamkeit hat[1]. Dieſe Vorſchriften können im einzelnen Falle zu Conſequenzen führen, welche die Teſtatoren, wenn ſie dieſelben vorausgeſehen hätten, von der Errichtung des correſpectiven Teſtaments wahrſcheinlich zurückgehalten haben würden: namentlich wenn beide Theile in dem Vertrauen handeln, der Andere werde ſeine Dispoſitionen nicht ändern, und ſich in dieſem Vertrauen täuſchen. Allein ſolche Täuſchungen, die in der Natur eines correſpectiven Teſtaments ihren Grund haben, ſind von ihnen ſelbſt verſchuldet. Das Vertrauen bei der Errichtung dieſes Geſchäfts bindet weder den, der es hat, noch den, zu dem er es hat[2], weil die Teſtatoren in keinem verpflichtenden Vertragsverhältniß zu einander ſtehen. Es haftet alſo auch keiner dem andern für bona fides[3]. Die Vereinbarung, ein correſpectives Teſtament zu errichten, iſt nur eine präparatoriſche Verhandlung

---

Bd. 1 Nr. 93. 94, Bd. 2 Nr. 72, Nr. 204, Bd. 4 Nr. 64, Bd. 6 Nr. 221, Bd. 9 Nr. 180, Bd. 11 Nr. 184, Bd. 20 Nr. 232, Bd. 48 Nr. 96. Widerlegt iſt dieſe Theorie von Haſſe a. a. O.

[1] Damit vertragen ſich folgende Anſichten nicht: 1) die von Haſſe a. a. O. S. 271, nach welcher der Widerruf des Ueberlebenden, nachdem er den Vorverſtorbenen beerbt habe, auf deſſen Teſtament wie eine Reſolutivbedingung wirke: dies würde mit dem Satze: semel heres semper heres in Widerſpruch ſtehen, vgl. Göz a. a. O. S. 168 ff.; 2) die von Buchka a. a. O., nach welcher der Ueberlebende durch den Antritt der Erbſchaft des Erſtverſtorbenen quasi ex contractu ſeine Teſtirfreiheit verliere, deren Veräußerlichkeit mit der Anerkennung des deutſchen Erbvertrages anerkannt ſei, vgl. Göz a. a. O. S. 170; 3) die von Windſcheid a. a. O. Note 6 u. 7, nach welcher die Verfügungen des Erſtverſtorbenen trotz des Wegfalls des Teſtaments des Ueberlebenden, ſoweit das Vermögen des Erſtverſtorbenen reicht, indirect durch Verwandlung in ein Erbſchaftsvermächtniß aufrecht erhalten werden ſoll.

[2] Vgl. Hartmann a. a. O. S. 121.

[3] Deshalb darf man nicht aus Treu und Glauben den Satz ableiten: wenn der überlebende Teſtator den Vorverſtorbenen beerbt hat, ſo kann er nun ſein eigenes Teſtament nicht mehr widerrufen, weil dies der bona fides widerſprechen würde. Dieſen Satz lehrt Dernburg, Pand. Bd. 3 § 97; er findet ſich auch in der Praxis, vgl. Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 221.

ohne verbindliche Kraft[1]: sie begründet weder eine Verpflichtung, das Testament zu errichten, noch irgend eine andere Verpflichtung und ebensowenig enthält sie einen Verzicht auf die Widerruflichkeit des Testaments, der das Geschäft zu einem Erbvertrage machen würde. Man darf deßhalb, wo in der That ein correspectives Testament vorliegt, nicht aus Rücksichten der Billigkeit oder des muthmaßlichen Willens der Testatoren Modificationen des römischen Testamentsrechts eintreten lassen. Für die Grenzen, in denen dies geschehen könnte, fehlt jeder sichere Maßstab, und der Willkür des Richters darf die Begrenzung nicht überlassen werden. Aber ob der letzte Wille der Testatoren ein Testament oder ein unwiderruflicher Erbvertrag ist, und ob und inwieweit sie in das Testament vertragsmäßig bindende Bestimmungen aufgenommen haben, wie das nach heutigem Recht gültig geschehen kann, das hat der Richter durch Auslegung festzustellen[2].

D. Ungültigkeit des Testaments*.

1. Grund der Ungültigkeit.

§ 85.

Ein Testament kann ungültig sein (testam. non iure factum) schon im Moment seiner Errichtung; es kann auch erst nach seiner gültigen Errichtung ungültig werden bei Lebzeiten oder nach dem Tode des Testators[3].

I. Im Moment seiner Errichtung ist ein Testament ungültig

---

[1] Auf diese nach der Natur des Geschäftes nothwendige präparatorische Vereinbarung beziehen sich in den S. 551 Note 1 citirten Stellen die Worte: „invicem esse pactos“ und „inter se coniugum consensus“.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 37 Nr. 230 (R. G.), Bd. 48 Nr. 97 sub I u. II.

*) I. 2. 17 quibus modis testamenta infirmantur. D. 28. 3 de iniusto rupto irrito facto testamento. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 38 S. 118 ff., Bd. 39 S. 1—115, v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 457—460, Windscheid, Pand. Bd. 3 § 563—565.

[3] l. 1 D. t. c. l. 6 pr. i. f. D. de lege Corn. (48. 10). l. 2 § 1 D. test. quemadm. ap. (29. 3).

(t. iniustum[1]), wenn es an den geſetzlichen Erforderniſſen der Errichtung fehlt, weil der Teſtator keine Teſtirfähigkeit hatte (§ 67), oder weil das Teſtament nicht in der geſetzlich vorgeſchriebenen Form errichtet wurde (§§ 68—72), oder weil es mit den allgemeinen Grundſätzen über den Inhalt des Teſtaments in Widerſpruch ſteht (§ 73), oder keine gültige Erbeinſetzung enthält (§ 66 S. 424 Note 5 ff., § 74 ff.).

II. Bei Lebzeiten des Teſtators wird das gültig errichtete Teſtament (testamentum iure factum oder perfectum)[2] ungültig nach den Grundſätzen über die negotia imperfecta, die nur wegen des favor voluntatis defuncti einzelne Modificationen erfahren haben. Solange der Teſtator lebt, bleibt das Teſtament ohne jede rechtliche Wirkung; erſt durch ſeinen Tod wird es ein negotium perfectum, welches Rechtsverhältniſſe begründet. In der Zwiſchenzeit gilt deßhalb für das Teſtament wie für alle Willenserklärungen, die noch keine fertigen Rechtsgeſchäfte ſind, der Satz: es exiſtirt nur ſo lange, als es durch den fortdauernden Willen ſeines Urhebers aufrecht erhalten werden kann und aufrecht erhalten wird. Es wird zwar der erklärte letzte Wille, wenn er die geſetzliche Form hat, vom Recht anerkannt, aber aufrecht erhalten wird er nur durch den fortdauernden Willen des Teſtators: mit dem Verluſt der Teſtirfähigkeit durch Arrogation oder Legitimation des Teſtators und durch Widerruf geht er unter[3].

1. Der Verluſt der Teſtirfähigkeit durch Arrogation oder Legitimation des Teſtators[4] entzieht dem errichteten Teſtament ſeinen Inhalt, weil die damit verbundene capitis deminutio die zur Teſtamentserrichtung erforderliche Rechtsfähigkeit für den Teſtator aufhebt und ihm deßhalb die Fortſetzung ſeines Willens juriſtiſch unmöglich macht. Das aus dieſem Grunde ungültig ge-

[1] So hieß namentlich ein wegen Präterition eines suus nichtiges Teſtament, l. 3 § 3. l. 6 § 1 D. t. c. l. 26 D. de inoff. test. (5. 2). Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36 S. 318.

[2] pr. I. t. c. l. 2 § 1 cit. D. (29. 3).

[3] Vgl. § 66 S. 420 Note 2 ff.

[4] Vgl. § 67 S. 429 sub 2. S. 431 sub III.

wordene Testament heißt testamentum irritum[1]. Erlangt der Testator die verlorene Rechtsfähigkeit durch Befreiung von der patria potestas wieder, so erhält auch seine in Form des schriftlichen Testaments abgegebene Erklärung ihren früheren Inhalt wieder, wenn er irgendwie schriftlich kundgegeben hat, daß er mit diesem Testament sterben wolle[2]. Dadurch erneuert er seinen untergegangenen letzten Willen, und dieser erneuerte Wille kehrt zurück in die frühere in Form des schriftlichen Testaments abgegebene Erklärung, die durch die capitis deminutio nicht aufgehoben ist: voluntas, quae defecerat iudicio recenti rediisse intelligetur[3][4]. Ohne diese Erneuerung bleibt das Testament ungültig[5].

[1] § 4—6 I. t. c.

[2] Diese Vorschrift gilt nach den auf sie bezüglichen Stellen nur für das schriftliche Testament. l. 11 § 2 D. de b. p. s. t. (37. 11) § 7 (6) I. t. c. (2. 17). Von Windscheid, Pand. § 563 sub 1 u. A. wird das übersehen.

[3] l. 11 § 2 D. de bon. poss. s. t. (37. 11) Papin. Testamento facto Titius arrogandum se praebuit ac postea sui iuris effectus vita decessit: scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur. quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intelligetur. non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis. quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur. Ueber die Schlußworte vgl. S. 567 Note 5. Bei der ihnen voraufgehenden Deduction wird Papinian von den Grundsätzen über die successive Entstehung der Rechtsgeschäfte geleitet, die in meiner Abhandl. über den oblig. Vertr. unter Abwesenden S. 86 ff. (in v. Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 144 ff.) ausführlich entwickelt sind. Nach ihnen konnte man keinen Anstand daran nehmen, wenn in dem in Rede stehenden Fall ein Testament in Kraft tritt, bei dem der Existenz des letzten Willens die Erklärung desselben vorausgeht, sofern sich nur zeigen ließ, daß demungeachtet die unitas actus gewahrt blieb. Dies geschieht von Papinian durch die Worte: voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intelligetur. Ihnen liegt folgender Gedanke zu Grunde: der fortdauernde Wille

Wird der Erblaſſer teſtirunfähig durch Wahnſinn oder Prodigalitätserklärung, ſo bleibt ſein Teſtament gültig[1]. Da

---

des Erblaſſers, durch welchen das Teſtament bis zu ſeinem Tode beſteht, iſt nichts Anderes, als ſein ſich ſtets erneuernder Wille, der immer von Neuem in ſeine urſprüngliche Form zurückkehrt; da die ununterbrochene Erneuerung des Willens ohne Erneuerung der Form erfolgt, ſo iſt auch, wenn die Erneuerung des Willens eine Unterbrechung erfährt, keine Erneuerung der Form erforderlich, weil durch dieſe Unterbrechung die Form nicht aufgehoben wird. Es findet hier ein ähnliches Verhältniß ſtatt wie bei der donatio inter vir. et uxor. (vgl. meine cit. Abh. S. 135, in d. Jahrb. S. 273) und wie beim Widerruf eines ſchriftlichen Teſtaments durch ein neues Teſtament, wenn der Teſtator die neue Teſtamentsurkunde zerſtört, um das alte Teſtament wiederherzuſtellen, worauf Papinian verb. non secus — relinqueret hinweiſt; ſ. S. 570 Note 5.

[4] Vgl. § 67 S. 431. 432.

[5] Das Gegentheil ergiebt ſich nicht aus § 6 (5). I. t. c. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae ab initio iure facta propter capitis deminutionem irrita facta sunt: nam si septem testium siguis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Dieſe Stelle ſpricht nur von den beiden Erforderniſſen für die Agnition der bon. poss. s. t., l. 1 § 8 D. de b. p. s. t. (37. 11); die Frage, ob der inſtituirte Erbe auf Grund der Agnition die hereditatis petitio possessoria mit Erfolg gegen die Inteſtaterben anſtellen könne, oder ob dieſen iure praetorio eine exceptio doli zuſtehe, erörtert ſie nicht. Die Entſcheidung dieſer Frage enthält die S. 566 Note 3 cit. l. 11 § 2 D. de b. p. s. t. von Papinian in den Schlußworten: non enim de iure — aestimatur. Hier ſagt er: es ſteht nicht in Frage, daß in dem in Rede ſtehenden Fall ein iure praetorio gültiges Teſtament exiſtirt, wie es zur Agnition der b. p. s. t. erforderlich iſt, ſondern es handelt ſich nur de viribus exceptionis, d. i. um Zulaſſung oder Nichtzulaſſung der exceptio doli gegen die h. p. der Teſtamentserben bezw. der Inteſtaterben, die ſich darnach entſcheidet, ob derjenige, der ſie vorſchützt, wegen Beſtätigung oder Nichtbeſtätigung des Teſtaments den Willen des Erb-

---

[1] l. 20 § 4 D. qui test. fac. poss. (28. 1). — l. 1 § 9 D. de b. p. s. t. (37. 11). Der Regel nach gehen Willenserklärungen, die noch negotia imperfecta ſind, auch dann unter, wenn ihr Urheber blos die zum Geſchäfte erforderliche Handlungsfähigkeit verliert, dieſe Regel wird aber hier, wie in anderen Fällen durch den favor letztwilliger Dispoſitionen durchbrochen; vgl. meine citirte Abhandl. S. 84 ff., in d. Jhrb. S. 222 ff.

Wahnsinn und Prodigalität nicht die zum Testament erforderliche Rechtsfähigkeit aufheben, sondern nur die zur Errichtung erforderliche Handlungsfähigkeit, so gilt es als ausreichend, daß der Erblasser das Testament noch im dispositionsfähigen Zustande errichtet und nicht widerrufen hat.

2. Die Widerruflichkeit des Testaments ist eine in seiner Natur begründete Eigenschaft[1]: deßhalb kann sie ihm in keiner Weise entzogen werden, weder durch die Erklärung des Testators, daß sein Widerruf unwirksam sein sein solle (s. g. clausula derogatoria)[2], noch durch einen Vertrag mit den eingesetzten Erben, der diesen Inhalt hat[3]. Ein solcher Vertrag wirkt aber nach unserem heutigen Recht als Erbvertrag[4], wenn sich aus dem Inhalt der Disposition die Absicht, durch dieselbe gebunden zu sein, zweifellos ergiebt[5]. In der Widerruflichkeit des Testaments liegt für den

---

lassers für sich hat oder nicht. Diese exceptio hat nur ihren Grund in dem Widerspruch zwischen dem ius civile und dem ius praetorium, welches eventuell dem in dem iure civili ungültigen Testament eingesetzten Erben Schutz gewähren wollte. Heute gilt deshalb der Satz: dieses Testament ist in pendenti, durch Bestätigung wird es rechtsbeständig, ohne Bestätigung ist es nichtig. Es ist m. E. ein Irrthum, wenn manche Juristen auf Grund der citirten Institutionenstelle behaupten, das Justinianische Recht habe das frühere Recht, wie es von Papinian dargestellt ist, dahin abgeändert, daß das Testament auch ohne Bestätigung gültig sei. So namentlich Leist in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 Bd. 4 S. 178 ff., S. 249 ff., S. 253 ff. und Dernburg, Pand. Bd. 3 § 93 Note 6, der annimmt, daß das Resultat der Papinianischen Erörterung „in das Justinianische Recht nicht passe, ihre Aufnahme in die Compilation daher nicht folgerecht sei". Für die hier vertretene Ansicht: v. Bangerow a. a. O. § 458, Windscheid a. a. O. Note 7. Im Uebrigen vgl. über diese unter Bezugnahme auf Gaius II. 147—149, l. 1 § 8 D. de b. p. s. t. (37. 1), l. 8 § 3 D. de iure codic. (29. 7) viel verhandelte Streitfrage Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 26 ff. und die bei Windscheid Citirten.

[1] l. 4 D. de adim. v. transf. leg. (34. 4). § 66 S. 420 Note 7.

[2] l. 22 pr. D. de legat. (32). § 66 S. 423 Note 11.

[3] Vgl. Einleit. S. 5 Note 1.

[4] Vgl. § 3 S. 61.

[5] Vgl. § 84 S. 554.

Teſtator die Gefahr, daß er den überlegten Plan ſeiner Beerbung durch eine unüberlegte Revocation wieder aufhebt. Dieſe Gefahr fordert eine Fürſorge für den Teſtator, die ihm einen Schutz gegen ſich ſelbſt gewährt und doch den Widerruf nicht in unbilliger Weiſe erſchwert. Dieſe Fürſorge hat zu drei Formen des Widerrufs geführt, die ſucceſſive entſtanden ſind und im Juſtinianiſchen Recht neben einander Geltung haben: Widerruf durch ein neues Teſtament (ius civile), durch Zerſtörung der Teſtamentsurkunde (ius praetorium) und bei einem gewiſſen Alter des Teſtaments durch die Erklärung, daß das Teſtament nicht mehr gelten ſolle, vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll (Juſtinian).[1]

a) Der Widerruf eines Teſtaments durch ein neues Teſtament nöthigt den Teſtator zur Ueberlegung, weil er ihn nöthigt, dem aufgeſtellten Beerbungsplan einen neuen zu ſubſtituiren. Durch die bloße Erklärung, ſein Teſtament ſolle nicht mehr gelten, die unüberlegter Weiſe möglich iſt, kann der Teſtator den Widerruf deſſelben nicht bewirken, wenn ſie auch mit den Solennitäten des Teſtaments abgegeben wird[2]; ſie iſt nur zuläſſig in dem unten sub c erwähnten beſonderen Fall[3].

Das neue Teſtament hebt, ſofern es zu Recht beſteht, das frühere Teſtament ſtets auf[4], auch wenn nach ihrem Inhalt beide nebeneinander möglich wären: die juriſtiſche Form der Erbfolge ſchließt es aus, daß der Erblaſſer aus mehreren Teſtamenten beerbt wird[5], ſie müßten denn, weil ſie gleichzeitig errichtet ſind, oder die Zeit ihrer Errichtung nicht zu ermitteln iſt, juriſtiſch als Ein

---

[1] Die ſingulären Vorſchriften für das Soldatenteſtament l. 15 § 11, l. 19 pr., l. 36 § 1 D. de testam. milit. (29. 1) ſind heute nach dem Reichsmilitärgeſetz vom 2. Mai 1874 § 44 weggefallen.

[2] Aber es kann dieſe Erklärung heute zugleich eine ſtillſchweigende Erbeinſetzung der Inteſtaterben enthalten und aus dieſem Grunde ein Teſtament ſein, vgl. § 74 S. 481 Note 5, Dernburg, Pand. § 94 sub 4.

[3] § 2. 7 (6) I. t. c.

[4] § 2 I. t. c. Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur. l. 1 D. t. c. rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit.

[5] Vgl. § 32 sub 1.

Testament zu betrachten sein[1]. Hat der Testator bei der Errichtung des neuen Testaments das frühere bestätigt, so tritt gleichwohl die directe Erbfolge nur für die im neuen Testament instituirten Erben ein, aber die Dispositionen im früheren Testament werden als fideicommissarische aufrecht erhalten[2]. Auch wenn das neue zu Recht bestehende Testament später nicht zur Wirksamkeit kommt[3] oder seine Gültigkeit verliert, tritt das frühere Testament nicht wieder in Kraft: es ist für immer durch das neue Testament aufgehoben worden[4]. Nur wenn der Testator, der sein schriftliches Testament durch ein neues schriftliches Testament widerrufen hat, dieses mit der Absicht zerstört, daß das frühere Testament wieder in Geltung treten soll, gilt der oben erwähnte Satz von Pepinian: voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intelligetur[5]. Das Testament, welches durch ein neues rechtsbeständiges Testament aufgehoben ist, heißt testamentum ruptum im e. S.[6]. Durch ein neues Testament, welches schon von seiner Errichtung an nicht zu Recht besteht, wird das frühere Testament nicht aufgehoben[7]. Eine Ausnahme macht in Einem Fall das testamentum posterius imperfectum[8]: hat ein Testator

---

[1] l. 1 § 6 D. de b. p. s. t. (37. 11). Mühlenbruch a. a. O. S. 480 ff., S. 486 ff. A. M. v. Bangerow a. a. O. § 460 für den Fall, wo die Zeit der Errichtung nicht zu ermitteln ist; s. dagegen Windscheid a. a. O. § 565 Note 9.

[2] l. 12 § 1 D. t. c. § 3 I. t. c.

[3] § 2 I. t. c. . . Nec interest, an exstiterit aliquis heres ex lo, an non exstiterit; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem eius antequam hereditatem adiret decesserit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit . . .: nam prius testamentum non valet ruptum a posteriore. l. 16 D. t. c.

[4] l. 3 § 4 D. t. c. l. 36 § 4 D. de test. mil. (29. 1).

[5] l. 11 § 2 D. de b. p. s. t. (37. 11) S. 566 in Note 3.

[6] l. 1 D. t. c.

[7] l. 3 § 3, l. 11 D. t. c. l. 7 D. de lib. et post. (28. 2).

[8] Testamentum imperfectum heißt ein Testament ubi solemnia iuris defuerunt (rogatio testium, subscriptio, signatio, unitas actus etc.) l. 23 D. qui test. f. p. (28. 1), l. 35 D. de test. mil. (29. 1), l. 2 § 1 D. testam. quemadm. ap. (29. 3), c. 21 § 3 C. de testam. (6. 23).

nach Errichtung eines rechtsbeſtändigen Teſtaments, in welchem Inteſtaterben nicht eingeſetzt ſind, die Solenniſirung einer neuen Teſtamentsurkunde begonnen aber nicht vollendet, in welcher ſeine Inteſtaterben inſtituirt ſind, ſo hebt dieſe scriptura imperfecta, wenn ihr Inhalt von fünf Zeugen eidlich bekräftigt wird, das frühere Teſtament auf, hat aber übrigens nicht als Teſtament Geltung, ſondern als ein letzter Wille des Inhalts, daß der Erblaſſer ab intestato beerbt werden wolle[1].

b) Der Widerruf eines ſchriftlichen Teſtaments durch Zerſtörung der Teſtamentsurkunde[2] ſetzt voraus die abſichtliche Zerſtörung der Teſtamentsurkunde durch den Teſtator oder durch Andere auf ſeine Veranlaſſung[3]. Die Zerſtörung einer Abſchrift[4] und beim mündlichen Teſtament die Zerſtörung der aufgenommenen

---

[1] l. 2 D. t. c.. c. 21 § 5 C. de testam. (6. 23) . . . licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundum eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere saucimus. Der Inhalt dieſer Conſtitution iſt beſtritten. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 364 ff. will das imperfecte Teſtament aufrecht erhalten wiſſen, Fein in Glück's Commentar Bd. 45 S. 237 ff., v. Bangerow, Pand. § 460 sub II. 1, Windſcheid, Pand. § 565 Note 6 nehmen an, es gelte als Inteſtatcodizill. Für die hier vertretene Anſicht: Brinz, Pand. Bd. 3 § 377 S. 99, Paul Krüger,. Krit. Verſuche S. 30 Anm. 3; vgl. auch Pfotenhauer, Zeitſch. f. Civilr. u. Proc. Bd. 16 S. 1 ff.

[2] Daß dieſe Form des Widerrufs auf prätoriſchem Recht beruht, ergiebt ſich aus einer von Studemund neu geleſenen Stelle: Gaius II. 151. Vgl. Paul Krüger a. a. O. S. 1—14 und über deſſen Streit mit Schirmer in dieſer Frage: Schirmer, Zeitſchr. d. Sav. Stift. VII. S. 1 ff. VIII S. 99, Krüger ebenda VII S. 91 ff. VIII. S. 109 ff. Da es bei den Römern Sitte war, die Teſtamentsurkunde in dem Archiv eines Tempels oder einer Stadt oder bei einem Freunde zur Aufbewahrung niederzulegen, von dem ſie zum Zweck der Zerſtörung zurückgefordert werden mußte (l. 77 § 26 de leg. 31, l. 1 § 2 D. de b. p. s. t. 37. 11, l. 3 § 2 sqq D. de tab. exh. 43. 5), ſo nöthigte auch dieſe zweite Form des Widerrufs den Teſtator bei einer im Affect beſchloſſenen Revocation zu Vorbereitungen, während welcher die Rückkehr zu ruhiger Erwägung zu erwarten ſtand.

[3] l. 4 D. de his quae in test. del. (28. 4), l. 1 pr. D. eod.

[4] l. 1 § 7 D. de b. p. s. t. (37. 11).

Beweisurkunde[1] bewirken also keine Aufhebung des Testaments[2]; ebensowenig die Zerstörung der Testamentsform ohne den Willen des Testators[3]. Zur Zerstörung der Testamentsform ist eine Zerstörung der Testamentsurkunde erforderlich, aber nicht nothwendig eine totale oder theilweise substantielle Vernichtung derselben durch Zerreißen oder Zerschneiden, sie kann auch durch Durchstreichen oder bloßes Abreißen der Siegel erfolgen[4] und auf jede Weise, durch welche die Urkunde aufhört, eine Testamentsurkunde zu sein[5]. Existiren mehrere Originale der Testamentsurkunde, so genügt die Zerstörung Eines Exemplars[6]. Daß die Zerstörung mit der Absicht des Widerrufs erfolgte, muß von den Intestaterben bewiesen werden[7]. Das gerichtlich deponirte testamentum iudici oblatum kann nicht durch Rücknahme aus dem Depositum widerrufen werden, weil das Depositum nicht zur Testamentsform gehört[8]; aber wenn der Testator den Antrag auf Cassation des Testaments stellt, so verliert es durch den gerichtlichen Vermerk der Cassation die zur Testamentsform erforderliche Beglaubigung[9].

---

[1] Vgl. § 69 S. 444 Note 1 ff. § 50 S. 316 Note 2.

[2] Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 481, Bd. 39 S. 94. Abweichend Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 96.

[3] quae inconsulto contigerunt, l. 1 pr. — § 3 D. de his quae in test. del. (28. 4), l. 1 § 10 D. de b. p. s. t. (37. 11) . . . si . . . alius contra voluntatem testatoris inciderit, l. 1 § 11 D. eod. l. 20 D. t. c. (28. 3) . . . si mente captus . . incidit. c. 30 C. de testam. (6. 23).

[4] l. 1 § 8 D. si tab. test. nullae (38. 6) . . . quia incisae sunt tabulae vel quia cancellatae . . . l. 1 § 3 D. de his quae in test. del. (28. 4) si . . . concidit testator . . . l. 3 D. eod. . . si omnem scripturam testamenti cancellasset. c. 30 C. de testam. (6. 23) . . . Si . . . linum vel signacula inciderit vel abstulerit . . . non valere.

[5] l. 1 § 8 D. si tab. test. nullae (38. 6) . . . vel quia cancellatae vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere.

[6] l. 5 § 1 D. de b. p. s. t. (37. 11). l. 4 D. de his quae in test. del. (28. 4) . . . si ut intestatus moreretur, iucidit tabulas . . . scriptis avocabitur hereditas. Vgl. S. 444 Note 1 ff. u. Mühlenbruch a. a. O.

[7] Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 185, Bd. 38 Nr. 202.

[8] Vgl. § 72 S. 461 Note 1 u. 2.

[9] Seuffert, Arch. Bd. 41 Nr. 24.

c) Der Widerruf eines Teſtaments durch die bloße Erklärung des Teſtators, daß es nicht mehr gelten ſolle, iſt nur möglich, wenn ſeit der Errichtung des Teſtaments bereits zehn Jahre verfloſſen ſind. Dieſer Umſtand begründet die Vermuthung, daß ſein Inhalt dem gegenwärtigen Willen des Teſtators nicht mehr entſpricht, und fordert aus dieſem Grunde eine Erleichterung des Widerrufs nach Inhalt und Form. Die Gültigkeit jener Erklärung ſetzt nicht voraus, daß ſie in Teſtamentsform, ſondern nur daß ſie vor drei Solennitätszeugen oder zu gerichtlichem Protokoll gemacht iſt[1].

Dieſe Grundſätze über den Widerruf eines Teſtaments, nach welchen er durch eine formloſe Erklärung nicht erfolgen kann[2],

[1] c. 27 § 2 C. de testam. (6. 23) . . Sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus vel inter acta manifestaverit et decennium fiat emensum, tunc irritum esse testamentum tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali. Unter testes idonei ſind Solennitätszeugen zu verſtehen, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 283 ff., Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 39. Ueber das vor der c. 27 cit. geltende Recht vgl. c. 6 C. Th. de testam. (4. 4), Mühlenbruch a. a. O. S. 267 ff.

[2] Man hat behauptet (in neuerer Zeit Krüger a. a. O.), jeder ausdrückliche Widerruf des Teſtaments begründe die exceptio doli gegen den eingeſetzten Erben. Dieſe Anſicht ſtützt ſich auf: l. 4 § 10 D. de doli exc. (44. 4) . . . heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur . . . l. 4 § 11 D. eod. l. 1 § 8 D. si tab. test. null. (38. 6). Si heres institutus non habeat voluntatem . . . vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit . . . dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt. Die erſte Stelle bezieht ſich nur auf den Widerruf von Vermächtniſſen, die zweite ſpricht nur von der Zerſtörung der Teſtamentsurkunde in anderer Weiſe. Daß dieſe Stellen den ihnen zugeſchriebenen Sinn nicht haben können, ergiebt ſich aus § 7 I. t. c., l. 36 § 3 D. de test. mil. (29. 1), l. 22 D. de adim. v. transf. leg. (34. 4). Vgl. über dieſe Controverſe Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 256 ff., S. 322 ff., v. Bangerow, Pand. § 460 sub IV, Leiſt in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 Bd. 4 S. 221, 235 ff. — Ueber den Fall, wo die Erklärung des Teſtators, er wolle den eingeſetzten Erben nicht zum Erben haben, eine Indignitätserklärung enthält, aus welcher der Fiscus das Recht der Exception erwirbt, vgl. § 18 S. 149 sub 12.

gelten auch wenn nicht das ganze Testament, sondern nur eine der Erbeinsetzungen oder eine Enterbung widerrufen werden soll, weil die Aufhebung dieser Dispositionen den Beerbungsplan in seinen Grundlagen alterirt[1]. Dagegen der Widerruf der Vermächtnisse ist durch seine Formlosigkeit erleichtert, auch wenn sie im Testament oder Codicill errichtet sind, weil sie zu den untergeordneten letztwilligen Verfügungen zählen[2]. Ursprünglich galt für sie die Regel: die Form für die Erklärung des Willens ist auch die Form für die Erklärung der Willensänderung[3 4]. Nach späterem römischen Recht beruht ihre Existenz auf der durch keine Form beschränkten Willkür des Erblassers.

III. Nach dem Tode des Erblassers wird das Testament ungültig:

1. wenn keine der im Testament angeordneten Erbeinsetzungen zur Wirksamkeit gelangt gleichviel aus welchem Grunde, z. B. weil die Bedingung für die Erbeinsetzungen deficirt ist, oder weil alle Testamentserben repudiiren, oder weil sie vor dem Antritt sterben und keine Transmission stattfindet. Das aus diesen Gründen ungültige Testament heißt testamentum destitutum oder desertum, aber auch irritum[5];

2. wenn sämmtliche in Wirksamkeit getretenen Erbeinsetzungen rescindirt werden z. B. wegen Zwang oder Betrug (§ 73 S. 467 ff.) oder wegen Verletzung des Notherbenrechts durch Anstellung der querela inofficiosi testamenti. (§ 101.)

---

[1] l. 21 § 1 D. qui test. fac. p. (28. 1).

[2] l. 3 § 11 D. de adim. leg. (34. 4).

[3] Ulp. frgm. XXIV. 29. l. 18 D. de legat (32).

[4] l. 35 D. de R. I. (38. 17).

[5] § 2 I. t. c. l. 1. 8 D. t. c. l. 9 D. de test. tut. (26. 2), l. 38 § 3. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6), c. 1. 2. 7 C. de inst. sub cond. fact. (6. 25). § 7 I. de hered. quae ab int. (3. 1). — In der Nov. 1 c. 2 ist nicht die Rede von der Repudiation der Testamentserben, sondern von den Nachtheilen, die den Erben treffen sollen, der nach dem Erbschaftsantritt den Legataren gegen das Verbot des Erblassers die Quarta Falcidia abziehen will, vgl. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 459.

Hiernach kann die Ungültigkeit des Teſtaments Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit ſein.

2. Anerkennung eines ungültigen Teſtaments*.

§ 86.

Das Teſtamentsrecht iſt iuris publici[1]: die Vorſchriften deſſelben können daher nicht durch Privatdispoſition außer Anwendung geſetzt werden[2]. Deßhalb kann die Anerkennung eines ungültigen Teſtaments d. i. die Erklärung, daß es zu Recht beſtehen ſolle[3], nur Erfolg haben, wenn das Teſtament bloß anfechtbar, aber nicht, wenn es nichtig iſt. Das anfechtbare Teſtament wird durch Anerkennung unanfechtbar, wenn der Inteſtaterbe in der Abſicht, dem Teſtament ſeine Geltung zu laſſen, auf das ihm zuſtehende Reſciſſionsrecht verzichtet, um die Delation der Erbſchaft ab intestato auszuſchließen: z. B. durch Verzicht auf die actio quod metus causa oder doli bei Erbeinſetzungen, die durch Zwang oder Betrug veranlaßt ſind[4], oder durch Verzicht auf die querela inofficiosi testamenti, die unmittelbar nur auf Reſciſſion des Teſtaments geht und erſt folgeweiſe zur Inteſtaterbfolge führt[5]. Dagegen der Inhalt eines nichtigen Teſtaments kann von dem

---

* Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 38 S. 144 ff. Francke, Arch. f. civ. Pr. Bd. 9 S. 177 ff. u. Commentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione S. 126 ff. Bähr, Die Anerkennung § 51. Dedekind, Die Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen. Schmidt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 56 S. 297 ff. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 457. Brinz, Pand. Bd. 3 § 379a. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 96 sub 2. Windſcheid, Pand. § 566.

[1] l. 3 qui test. fac. poss. (28. 1).

[2] l. 32 pr. D. de H. I. (28. 5) . . . testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

[3] Die Quellenausdrücke für dieſe Anerkennung ſind namentlich: iudicium s. voluntatum defuncti (testatoris) agnoscere, comprobare oder probare, sequi, amplecti, l. 8 § 10, l. 12 § 1, l. 23 § 1 D. de inoff. test. (5. 2), l. 31 § 4, l. 32 pr. D. eod., l. 8 D. de H. P. (5. 3), l. 19 D. de inoff. test. (5. 2).

[4] Vgl. § 73 S. 467 ff.

[5] Vgl. Einleitung S. 6 u. § 101.

wegen der Nichtigkeit ab intestato oder aus einem früheren gültigen Testament berufenen Erben nicht zu einem zu Recht bestehenden gemacht werden[1]. Durch die Erklärung, daß er das nichtige Testament anerkennen, demselben factisch seine Geltung lassen wolle, verliert er die ihm wegen Nichtigkeit des Testaments zustehende Erbberechtigung, weil diese Erklärung eine Repudiation enthält[2], aber diese Erklärung übt keinen dem Testament Geltung verschaffenden Einfluß aus. Sie giebt dem instituirten Erben keine testamentarische Erbberechtigung, und hindert weder die Accrescenz für die Miterben, noch die successive Delation an die Nacherben, eventuell an den Fiscus. Wie die Testirfähigkeit und die Solennitäten des Testaments sind auch die Accrescenz und die successive Delation iuris publici[3]. Nur über die dem Testament

[1] l. 210 D. de R. I. Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest. l. 29, l. 201 D. eod. Ein nichtiges Testament kann überhaupt nur abusive ein Testament genannt werden, l. 2 § 1 D. test. quemadm. aper. (29. 3).

[2] Vgl. § 6 S. 96 Note 5.

[3] Brinz a. a. O. Note 4. Es läßt sich deshalb nicht rechtfertigen, wenn Windscheid a. a. O. sub 1 behauptet: die hinter oder neben dem Anerkennenden Berufenen könnten die Erbschaft nicht in Anspruch nehmen, weil in der Anerkennung kein Verzicht auf die Erbberechtigung schlechthin liege, sondern nur auf die Geltendmachung derselben gegen den im nichtigen Testament eingesetzten Erben. Die Miterben und die Nacherben haben ein Recht, von dem Anerkennenden eine definitive Entscheidung darüber zu fordern, ob er die ihm deferirte Erbschaft antreten oder repudiiren will; dieses Recht kann ihnen der Anerkennende nicht entziehen, vgl. oben § 16 sub II. Dieses Recht steht auch der von Dedekind a. a. O. S. 51 vertretenen Meinung entgegen: in der Anerkennung liege zwar ein Verzicht auf die dem Anerkennenden zustehende Erbberechtigung, aber die hinter dem Anerkennenden Berufenen seien deshalb ausgeschlossen, weil der Verzicht zum Zweck der Aufrechterhaltung des Testaments erfolgt sei. Andere Juristen wollen die Anerkennung, wenn sie durch einen Vertrag erfolgt, in welchem der Intestaterbe dem eingesetzten Erben gegenüber auf die Geltendmachung seines Intestaterbrechts verzichtet, als eine Veräußerung der Erbschaft auffassen: der Intestaterbe trete die Erbschaft für sich an und überlasse sie durch den Vertrag dem im Testament Instituirten, deshalb könnten die nachstehenden Intestaterben nicht als Erben auftreten; so Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 269 ff., v. Bangerow a. a. O., Francke, Comment. S. 128. Eine solche Veräußerung würde zeigen,

entgegenſtehenden Rechte können die Erbintereſſenten verfügen, die Vorſchriften des Teſtamentsrechts können ſie durch ihre Anerkennung des Teſtaments nicht ändern, das Teſtament mag nichtig oder bloß anfechtbar ſein. Aber die Anerkennung, durch welche ſie über dieſe Rechte verfügen, kann doppelter Art ſein: eine einſeitige oder vertragsmäßige.

Die einſeitige Anerkennung, welche das dem Teſtament entgegenſtehende Recht durch Verzicht aufhebt, kann durch einſeitige Rechtsgeſchäfte oder durch Verträge mit dem Teſtamentserben erklärt werden, ausdrücklich[1] oder ſtillſchweigend durch concludente Handlungen z. B. durch Annahme eines dem Berechtigten im nichtigen Teſtament hinterlaſſenen Vermächtniſſes[2] oder dadurch, daß der Berechtigte die Erbſchaft von dem eingeſetzten Erben kauft[3]. Der Verzicht durch derartige Anerkennungshandlungen iſt unter folgenden Vorausſetzungen gültig: wenn ſie nicht durch Betrug oder vitio testatoris veranlaßt ſind[4], wenn der Berechtigte Kenntniß davon hat, daß das Teſtament ungültig iſt[5], oder wegen

daß der Inteſtaterbe das Teſtament nicht anerkennt, mag ſie die von ihm acquirirte oder die ihm deferirte Erbſchaft zum Gegenſtande haben, vgl. § 17, § 45.

[1] l. 31 § 4 D. de inoff. test. (5. 2) . . . si voluntatem testatoris probaverim? puta in testamento adscripserim post mortem patris consentire me? repellendus sum ab accusatione.

[2] l. 43 D. de H. P. (5. 3) . . . causa cognita hereditatis petitionem negandam esse. l. 10 § 1 D. de inoff. test. (5. 2).

[3] l. 23 § 1 D. de inoff. test. (5. 2) . . . iudicium defuncti agnoscere videntur et a querela excluduntur. Andere Beiſpiele in c. 4 C. de iur. et fact. ign. (1. 18) c. 8 C. eod. und bei Dedekind a. a. O. S. 71 ff.

[4] l. 46 D. de bon. libert. (38. 2) . . . patronus, qui deceptus falsum iudicium testatoris secutus est, b. p. c. t. testamenti liberti petere non prohibetur. l. 12 § 2 D. de inoff. test. (5. 2). Hier hat ein Enterbter auf ein hinterlaſſenes Vermächtniß geklagt, und es findet ſich, daß daſſelbe ſpäter vom Erblaſſer widerrufen iſt: quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

[5] l. 3 D. de lege Cornel. de fals. (48. 10). Qui ignorant falsum esse testamentum vel hereditatem adiit vel legatum accepit vel quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur. — l. 8 D. de H. P. (5. 3). Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is qui,

eines unentschuldbaren Irrthums diese Kenntniß nicht hat[1], und wenn in seiner Person die juristischen Erfordernisse für die Repudiation einer Erbschaft existiren[2]. Bei einem entschuldbaren Irrthum über die Ungültigkeit des Testaments, mag es ein factischer Irrthum oder ein Rechtsirrthum sein, wird durch die Anerkennungshandlung das Recht gegen das Testament nicht ver-

---

cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est. — c. 4 C. de iur. et facti ignor. (1. 18) Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emerserit, ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praeiudicium tibi non comparabitur. Ostende . . . testamentum vel fide veri deficere vel iuris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas. c. 8 C. eod. Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 71. Nr. 151.

[1] l. 5 pr. D. de his quae ut indign. aufer. (34. 9). Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere; inofficiosum autem dicere non permittitur. Daß der erste Satz eine Einschränkung erleidet, wenn der Anerkennende keine Kenntniß von der Unrichtigkeit des Testaments hatte, ergiebt sich aus den in der vorigen Note citirten Stellen; ebenso zeigen die Stellen S. 577 Note 4, daß auch der zweite Satz keine absolute Geltung hat, sondern nur die Regel ausspricht. Wenn ein Notherbe ein ihm in dem inofficiösen Testament hinterlassenes Vermächtniß im Irrthum über sein Anfechtungsrecht annimmt, so kann dieser Irrthum regelmäßig nur ein eror non probabilis sein: ein unentschuldbarer factischer Irrthum, wenn er nicht weiß, daß er in dem erforderlichen Grade mit dem Erblasser verwandt ist, ein unentschuldbarer Rechtsirrthum, wenn er nicht weiß, daß ihm wegen seiner Verwandtschaft mit dem Erblasser ein Notherbenrecht zusteht, falls er nicht zu den Personen gehört, quibus ius ignorare permissum est. Vgl. Dedekind a. a. O. S. 80.

[2] An diesen Erfordernissen fehlt es, wenn er den zur Repudiation erforderlichen Willen nicht hat, weil er sich eine andere Erbberechtigung zuschreibt, als ihm in der That zusteht, z. B. er glaubt, daß er wegen Nichtigkeit des Testaments eine gesetzliche Erbberechtigung hat, während seine Erbberechtigung eine testamentarische ist aus einem früheren gültigen Testament, vgl. § 8 S. 107. Um einen solchen Irrthum über die dem Delaten zustehende Erbberechtigung handelt es sich auch in der vielbesprochenen l. 97 D. de A. v. O. H. (29. 2): hier ist die Rede von einem zweiten Testament, welches ab initio gültig war und expost ungültig wurde, z. B. wegen Deficenz der Bedingungen, unter welchen die Erbeinsetzungen gemacht sind; sed postea hoc inutile repertum est; daher starb der Erblasser intestatatus, vgl. Koeppen in v. Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 S. 142 Note 57 u. Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 302.

loren, aber der unentſchuldbare Irrthum und Calumnie ſchließen den Anerkennenden von der Geltendmachung ſeiner Anſprüche gegen das Teſtament aus[1]. Macht er ſie geltend, ſo hat er ſeinerſeits nur ſeinen Erbanſpruch und die Ungültigkeit des anerkannten Teſtaments zu beweiſen[2], und der im Teſtament Eingeſetzte, der den Verzicht für ſich geltend macht, muß die Anerkennungshandlung beweiſen und die Kenntniß des Anerkennenden von der Ungültigkeit des Teſtaments[3]. Hat er dieſen Beweis geführt, ſo hat der Richter causa cognita feſtzuſtellen, ob der Anerkennende mit ſeinem Erbanſpruch wegen Calumnie abzuweiſen iſt, weil er nach der Anerkennung des Teſtaments frivoler Weiſe zur Anfechtung deſſelben ſchritt, oder ob ſein Erbanſpruch trotz der Anerkennung des ungültigen Teſtaments nicht durch Repudiation erloſch, weil er ſich bei derſelben im entſchuldbaren factiſchen Irrthum befand, oder in einem Rechtsirrthum, der für ihn ein entſchuldbarer iſt, oder ob ein Irrthum den zur Repudiation erforderlichen Willen ausſchloß, bei dem es aus dieſem Grunde irrelevant iſt, ob er entſchuldbar oder unentſchuldbar war: prohibendi autem sint an non, ex cuiusque persona conditione, aetate cognita causa a iudice constituendum erit[4].

---

[1] l. 43 D. de H. P. (5. 3). Postquam legatum a te accepi hereditatem peto .. non aliter petitor hereditatis legatum restituere debeat, quam ut ei caveatur, si contra eum de hereditate iudicatum fuerit, reddi ei legatum, cum sit iniquum, eo casu possessorem hereditatis legatum, quod solverit retinere, et maxime si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit adversarius, idque et Laelius probat. Imperator autem Antoninus rescripsit, ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit. Dedekind a. a. O. S. 16 ff. Seuffert, Arch. Bd. 33 Nr. 237, Bd. 40 Nr. 122 (R. G.)

[2] c. 4 C. de iur. et fact. ign. (1. 18) verb. Ostende — successionem obtineas. (S. 577 Note 5 a. E.) Vgl. § 50 S. 315 ff.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 182 (R. G.), Bd. 15 Nr. 274, Francke a. a. O. S. 191, Bähr a. a. O. S. 214, Windſcheid, a. a. O., Dedekind a. a. O. S. 21 ff.

[4] l. 5 § 1 D. de his, quae ut indign. aufer. (34. 9) . . . De eo vero qui legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum Divus Pius ita rescripsit: „Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant

Die vertragsmäßige Anerkennung eines ungültigen Testaments besteht in der Erklärung des zur Anfechtung Berechtigten an den eingesetzten Erben, daß er ihn als Erben gelten lasse und auf seine Erbansprüche verzichte[1]. Auch ein solcher Vertrag kann dem eingesetzten Erben kein testamentarisches Erbrecht geben, sondern nur eine rechtsentziehende Wirkung haben. Beim anfechtbaren Testament bewirkt er einen Verzicht auf das Rescissionsrecht zu Gunsten des eingesetzten Erben, mag die causa dieses Verzichts Schenkung, oder mag eine Gegenleistung verabredet sein. Hier wie dort gilt der Satz: manet testamentum in suo iure[2]. Erbschaftsgläubiger und Legatare können daher ihre Klagen nur gegen den eingesetzten Erben richten: privatis pactionibus non dubium est, non laedi ius ceterorum[3]. Beim nichtigen Testament bewirkt der Vertrag einen Verzicht auf die dem Testament entgegenstehenden Erbansprüche zu Gunsten des eingesetzten Erben, gleichviel welches die causa des Verzichts ist. Die Rechte der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer können auch hier durch den Vertrag nicht verletzt werden. Aber sie können sich in beiden Fällen

---

legata, tamen, si is eius conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et iure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure poterunt. Prohibendi autem sint an non, ex cuiusque persona conditione, aetate cognita causa a iudice constituendum erit." Der Sinn der Schlußworte ist bestritten, vgl. einerseits Francke, Arch. S. 195 ff., Comment. S. 131, Seuffert a. a. O., andererseits Dedekind a. a. O. S. 20. M. E. sind sie auf alle Hindernisse zu beziehen, die der gültigen Anerkennung mit der Wirkung der Repudiation entgegenstehen, namentlich auch auf die Qualitäten (sexus, rusticitas, minor aetas), welche Rechtsverluste durch einen Rechtsirrthum ausschließen sollen, vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 79 a, Puchta, Pand. § 57, Dernburg, Pand. Bd. 1 § 87.

[1] Seuffert a. a. O.

[2] l. 29 § 2 D. inoff. test. (5. 2) Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione res transactione decisa est, tamen testamentum in iure suo manet; et ideo datae in eo libertates atque legata usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.

[3] l. 3 pr. D. de transact. (2. 15) . . . neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent.

durch einen Vertrag der Parteien erweitern. Wenn der eingeſetzte Erbe und der Inteſtaterbe ihren Streit über ihre Erbanſprüche durch einen Vergleich erledigen, nach welchem ſie von der Frage, ob Teſtaments- oder Inteſtaterbfolge vorliege, ganz abſtrahiren und die Erbſchaft unter ſich nach Quoten theilen, ſo können die Erbſchaftsgläubiger propter incertum successionis jeden der Tranſigenten aus der pro herede gestio zu der ihm durch den Vertrag zugetheilten Erbſchaftsquote utilibus actionibus belangen[1]. Selbſtverſtändlich haben ſie auch die actiones directae gegen den, der wirklich ex testamento oder ab intestato Erbe iſt, wenn ſie im Stande ſind, ihm dies nachzuweiſen, aber es darf ihnen nicht zugemuthet werden, die Frage, wer Erbe ſei, zu löſen, nachdem die Parteien ſelbſt vom Streite Abſtand genommen haben[2]. Sollten die Tranſigenten gegen die Klage den Einwand erheben, propter incertum successionis ſei es ungewiß, ob ſie die Erbſchaft erworben hätten, ſo können die Gläubiger und Legatare für den Nachlaß als hereditas iacens die Beſtellung eines Curators beantragen[3].

3. Eröffnung* und Vollziehung** des Teſtaments.

§ 87.

I. So lange der Teſtator lebt, hat Niemand ein Recht, Kenntniß von dem Inhalt ſeines Teſtaments zu erhalten; ſein

[1] l. 14 D. eod. Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? Respondit, si idem creditores essent, qui transactionem fecissent (d. h. wenn die Tranſigenten zugleich Erbſchaftsgläubiger ſind), id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset: si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est. Vgl. über dieſe Stelle Riſch, die Lehre vom Vergleich S. 199 Note 33. In der oben citirten Literatur ſind ſehr abweichende Anſichten über ſie und über die einſchlagenden Fragen aufgeſtellt worden, vgl. namentlich Dedekind a. a. O. S. 57 ff.

[2] Brinz a. a. O. Note 3.

[3] Vgl. oben § 9.

* D. 29. 3, C. 6. 32. testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur. D. 43. 5. C. 8. 7 de tabulis exhibendis. Mühlen-

Testament ist sein Geheimniß. Nach seinem Tode aber steht dieses Recht Jedem zu, der ein Interesse daran nachzuweisen vermag. Bei einem mündlichen Testament müssen die Zeugen über den ganzen Inhalt desselben Auskunft geben, bei einem schriftlichen Testament kann die Eröffnung oder Publikation der Testamentsurkunde gefordert werden. Die im römischen Recht vorgeschriebene gerichtliche Eröffnung und Vorlesung, bei der die vorgeladenen Zeugen ihre Unterschriften und Siegel zu recognosciren hatten, war keine Bedingung für die Gültigkeit des Testaments[1] und ist es auch heute nicht. Sie tritt in den gemeinrechtlichen Ländern nur noch ein, wenn der Testator sie ausdrücklich oder stillschweigend durch gerichtliche Deposition des Testaments angeordnet hat, oder wenn die Interessenten sie verlangen, weil nach den Umständen zu ihrer Sicherheit eine amtliche Feststellung der Aechtheit der Testamentsurkunde durch Recognition der Zeugen nöthig erscheint[2]. Auch eine andere Form der Eröffnung, von der die Gültigkeit des Testaments abhängig wäre, giebt es nach gemeinem Recht nicht[3]. Gegen Jeden, der das eröffnete oder uneröffnete Testament im Besitz hat[4], steht aber allen betheiligten Personen, nicht bloß den angeblich im Testament Bedachten[5], sondern z. B. auch den Erbschaftsschuldnern, die ihre richtigen Gläubiger kennen lernen wollen[6], das interdictum de tabulis exhibendis zu, sofern sie auf Verlangen den Gefährdeeid schwören[7]. Diese Klage

bruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 375 ff. Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 § 181. Windscheid, Pand. § 567.

** Mühlenbruch a. a. O. S. 401 ff. Beseler, Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 9 S. 144 ff. Elvers, Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 4 S. 138 ff. Sturm, Jahrb. f. Dogm. Bd. 20 S. 91 ff. Stobbe, deutsch. Privatr. V. § 308. 309. Sintenis a. a. O. § 183. Windscheid a. a. O.

[1] l. 3 § 9 D. h. t. (43. 5). l. 2 § 7. l. 10 § 1 D. h. t. (29. 3). c. 1. 2. 4 C. h. t. (6. 32); vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 371 ff.

[2] Sintenis a. a. O. § 181 sub I.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 23 Nr. 149.

[4] l. 3 § 2. 3. l. 4 D. t. c. (43. 5).

[5] l. 3 § 10, 12, 13, 17 D. t. c. (43. 5) c. un C. t. c. (8. 7).

[6] Sintenis a. a. O. sub I Note 4.

[7] c. 3 C. t c. (6 32).

iſt darauf gerichtet, daß der Beklagte dem Kläger die Teſtamentsurkunde oder die ſonſtigen Urkunden über den letzten Willen des Erblaſſers zugänglich mache, d. h. dem competenten Gerichte vorlege[1], damit daſſelbe ihm die Einſicht und Abſchriftnahme ermögliche[2]: hat der Beklagte ſich des Beſitzes der Urkunde doloſer Weiſe entäußert, ſo haftet er auf das Intereſſe[3].

II. Die Vollziehung oder Execution eines Teſtaments d. i. die Aufgabe, den im Teſtament ausgeſprochenen Willen zur Ausführung zu bringen, gehört nach römiſchem Rechte nur zu den Obliegenheiten der Erben oder Vermächtnißnehmer, ſoweit denſelben die Auflage gemacht iſt, das ihnen Hinterlaſſene an Andere herauszugeben oder zu einem beſtimmten Zweck zu verwenden; hier kommen die Grundſätze des Modus zur Anwendung, der, wenn es an einem anderen Berechtigten fehlt, ex officio vom Gericht oder heute von dem dazu ernannten Teſtamentsvollzieher erzwungen werden muß[4].

Nach deutſchem Gewohnheitsrecht kann ſich der Erblaſſer auch nicht honorirte Perſonen in ſeinem Teſtamente oder ſonſt in Form einer letztwilligen Verfügung als Teſtamentsvollzieher oder, wie man auch ſagt, als executores testamentarii berufen[5]. Dieſe Berufung zur Ausführung eines letzten Willens iſt eine Berufung zu der dazu erforderlichen Geſchäftsführung und Verwaltung des erbſchaftlichen Vermögens. Sie bewirkt für den Berufenen die Delation der Geſchäftsführung, ſo daß er ſie nach ſeiner freien Wahl annehmen oder ablehnen darf. Nimmt er ſie an, ſo wird er da-

---

[1] l. 1 pr. § 1—6. l. 3 pr. § 7. 8 D. t. c. (43. 5).

[2] l. 3 C. t. c. (6. 32). l. 1 § 1 D. t. c. (43. 5).

[3] l. 3 § 11—15 D. t. c. (43. 5).

[4] Vgl. § 78 S. 511. 512. l. 7 D. de ann. leg. (33. 1). l. 50 § 1 D. de H. P. (5. 3). l. 44 D. de man. test. (40. 4). Nov. 131 c. 10. 11. Dieſe Novelle beſtimmt für Verfügungen zu frommen Zwecken, daß der Biſchof für die Ausführung ſorgen ſoll. Ueber die Nov. Leonis 68 und über die unpraktiſchen Vorſchriften des canoniſchen Rechts hinſichtlich der Ausführung letztwilliger Verfügungen durch den Biſchof (c. 6 X de testam. 3. 26), vgl. Mühlenbruch S. 399 ff. S. 406 ff.

[5] Ueber das Hiſtoriſche vgl. Stobbe a. a. O.

durch Verwalter eines fremden Vermögens: des erbschaftlichen Vermögens, welches nicht ihm, sondern den Erben gehört. Der Umfang seiner Befugnisse bestimmt sich nach dem erklärten oder durch Auslegung festzustellenden Willen des Erblassers[1], und sein Rechtsverhältniß zu den Erben ist zu beurtheilen nach den allgemeinen Grundsätzen, die für andere Personen gelten, welche die Führung fremder Geschäfte freiwillig übernommen haben[2]; deßhalb haftet er den Erben für culpa levis. Sind die Befugnisse, die er haben soll, nicht näher festgestellt, so ergiebt sich ihre Grenze aus der Aufgabe, den letzten Willen zur Ausführung zu bringen. In dieser Aufgabe kann er durch die Erben nicht beschränkt werden, weil für sie durch den Erwerb der Erbschaft der Wille des Erblassers bindend geworden ist, und er selbst darf sich mit dieser Aufgabe nicht in Widerspruch setzen, weil auch für ihn durch den Willen des Erblassers ein Rechtsverhältniß von feststehendem Inhalt zu den Erben begründet ist[3]. Aus diesem Rechtsverhältniß hat er das Recht, den Besitz des Nachlasses zu ergreifen[4], Forderungen desselben einzuziehen, Schulden wie Legate zu bezahlen und Mobilien wie Immobilien zu vindiciren und sie, soweit er es für zweckmäßig oder erforderlich hält, zu veräußern[5]. Insbesondere gehört es auch zu seinen Functionen mit den Personen, die gegen das Testament oder neben demselben ein Intestaterbrecht in An-

---

[1] Mühlenbruch a. a. O. S. 416. Beseler a. a. O. S. 186. Sintenis a. a. O. Stobbe a. a. O. S. 270 ff. Sturm a. a. O. S. 123 ff. Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 6 Nr. 226, Bd. 10 Nr. 271, Bd. 12 Nr. 66, Bd. 20 Nr. 50. 145, Bd. 24 Nr. 28. 37, Bd. 39 Nr. 222. 223.

[2] Also nicht nach einem bestimmten Fall der Führung fremder Geschäfte, auch nicht, wie Windscheid a. a. O. Note 7 annimmt, nach Analogie eines Vormunds; sie trifft nicht zu, weil dem Vormund ein munus publicum übertragen wird, das er annehmen muß und aus dem er deshalb nur für culpa levis in concreto haftet.

[3] l. 57 (55) § 2 D. ad SC. Treb. (36. 1) . . . cum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur.

[4] Sturm a. a. O. S. 125 ff.

[5] Seuffert, Arch. Bd. 23 Nr. 235.

ſpruch nehmen, zu ſtreiten und zu pactiren, um die Geltung des Teſtaments gegen Anfechtung zu ſichern[1]. Aber für die Klagen der Erbſchaftsgläubiger iſt er paſſiv nicht legitimirt, weil der Teſtator dieſe in ihrem Klagerecht gegen die ſchuldneriſchen Erben nicht durch eine Verweiſung an den Teſtamentsvollſtrecker beſchränken kann[2]. Auch darf er die Gültigkeit der Erbeinſetzung nicht beſtreiten, wenn der im Teſtament eingeſetzte Erbe gegen ihn auf Herausgabe der Erbſchaft klagt: das ſtände mit ſeiner Aufgabe und Stellung in Widerſpruch, weil er dadurch das Teſtament ſelbſt und folgeweiſe ſeine eigene Berufung in Frage ſtellen würde[3].

Die rechtliche Stellung eines Teſtamentsexecutors iſt demnach nicht die eines Mandatars des Teſtators[4], da ein Mandatsvertrag nicht zu Stande kommen kann durch einen im Teſtament ertheilten Auftrag, den der Beauftragte erſt nach dem Tode des Teſtators acceptirt[5]. Ueberhaupt kann der Teſtamentsexecutor nicht als Stellvertreter des Teſtators betrachtet werden[6]. Eine Perſon, die nicht mehr exiſtirt, kann nicht mehr vertreten werden. Nur ſuccediren kann man einem Todten, oder originär aus den letztwilligen Verfügungen deſſelben eigene Rechten und Pflichten haben, aber nicht als Vertreter des Verſtorbenen. Der Tod des Teſtators macht alſo das bisherige Vermögen deſſelben zum erbſchaftlichen Vermögen, und der Erbſchaftsantritt macht es zum Vermögen des Erben; der Executor wird durch die Agnition ſeiner Berufung precibus defuncti zur Verwaltung dieſes Vermögens suo nomine dem Erben, nicht dem Teſtator gegenüber berechtigt

---

[1] Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 223, Nr. 316, Bd. 46 Nr. 269. (R. G.)

[2] Seuffert, Arch. Bd. 42 Nr. 42.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 42 Nr. 221 (R. G.).

[4] Abweichend Seuffert, Arch. Bd. 34 Nr. 315, Bd. 36 Nr. 281.

[5] Windſcheid a. a. O. Note 7, Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 89. Natürlich iſt ein Mandatsvertrag des Inhalts möglich, daß der Mandatar nach des Mandanten Tod gewiſſe Geſchäfte beſorgen ſoll, l. 12 i. f. l. 13 D. mand. (17. 1) Mühlenbruch a. a. O. S. 396 ff.

[6] Beſeler a. a. O. nimmt an, der Executor ſei der formelle Repräſentant des Teſtators, während die Erben die materiellen Repräſentanten desſelben ſeien; vgl. dagegen Windſcheid a. a. O. und Sturm a. a. O. S. 105.

und verpflichtet: aliud est ex persona heredis conveniri, aliud proprio nomine defuncti precibus adstringi[1]. Der Testamentsexecutor ist also nur ein Vertreter der Erben[2]: er verwaltet nur ihr Vermögen, er tritt nur zu ihnen in ein directes Rechtsverhältniß und seine Verpflichtungen aus diesem Rechtsverhältniß können nur von den Erben gegen ihn persönlich geltend gemacht werden. Das Eigenthümliche, wodurch sich diese Vermögensverwaltung von jeder anderen Führung fremder Geschäfte unterscheidet, besteht darin, daß der Testamentsvollstrecker seine Berufung nnd seine Befugnisse auf ein Recht zurückführen muß, das seinen Inhalt durch den Willen des Testators hat, der deßhalb allein entscheidend ist, auch gegen den Willen der jetzigen Interessenten. Im Uebrigen hat der Executor dieselbe Stellung wie Jeder, der fremde Geschäfte führt. Er haftet nach beendigter Verwaltung aus einer persönlichen Klage auf Rechnungslegung und auf Herausgabe dessen, was in Folge seiner Verwaltung von dem an die Erben zu vertheilenden Nachlaß an ihn gelangt ist, oder hätte gelangen müssen, sofern dasselbe nicht ohne seine Schuld aus seinem Besitz gekommen ist, oder von ihm nicht in denselben gebracht werden konnte. Bei dieser Klage muß der Erbe beweisen, daß ihm ein Anspruch auf den betreffenden Theil des Nachlasses zustehe, und daß der Executor seine Berufung angenommen und den Nachlaß seiner Verwaltung unterzogen habe. Behauptet der verklagte Executor, daß er ohne seine Culpa von der Erbschaft Erhaltenes wieder verloren oder nicht Erhaltenes nicht habe in seinen Besitz bringen können, so muß er dies beweisen, aber nur durch allgemeine Darlegung seines Verhaltens, aus welchem der Richter die Ueberzeugung gewinnen kann, daß der Executor es bei seiner Geschäftsführung an der zu prästirenden Diligenz nicht fehlen ließ; das genügt, aber dem Erben steht der Gegenbeweis frei, wenn er dem Executor eine bestimmte Culpa nachzuweisen im Stande ist[3].

[1] l. 57 (55) § 2 D. ad. SC. Treb. (36. 1).

[2] Sturm a. a. O. S. 127 Note 1 bezeichnet ihn als eine Zwischenperson zwischen dem Erblasser und dem Erben.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 43 Nr. 197 (O.L.G. zu Hamburg), vgl. Bd. 28 Nr. 37, Bd 42 Nr. 45.

Haben ſich die Erbintereſſenten ſelbſt einen Executor durch einen Vertrag mit demſelben beſtellt (ſ. g. executor t. pacticius oder conventionalis), ſo beſtimmen ſich ihre gegenſeitigen Rechtsverhältniſſe nach der Natur dieſes Vertrages[1].

Drittes Capitel.

Die Notherbfolge*.

Ueberſicht.

§ 88.

Das Notherbenrecht begreift die Vorſchriften, welche die Teſtirfreiheit zu Gunſten gewiſſer Inteſtaterben beſchränken[2]. Sie gelten auch für das Teſtament eines Hauskindes[3], und heute auch für das Soldatenteſtament[4]; nur auf das Pupillar- und Quaſipupillarteſtament finden ſie keine Anwendung[5].

---

[1] Man ſpricht auch noch von executores legitimi und dativi, die durch das Geſetz (Biſchöfe) bezw. ex officio durch den Richter berufen werden, z. B. für noch nicht geborene, unmündige oder abweſende Erben. Mühlenbruch a. a. O. S. 407 ff.

* Glück's Comment. Bd. 6 S. 527 ff., Bd. 7 S. 1 ff. Mühlenbruch ebenda Bd. 35 S. 76 ff., Bd. 36—38 S. 1—117. Bluntſchli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römiſchem Recht mit beſonderer Rückſicht auf die Novelle 115. Francke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Arndts, Geſammelte civiliſtiſche Schriften Bd. 2 S. 560 ff. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 467 ff. Windſcheid, Pand. § 575 ff.

[2] Vgl. Einleitung S. 5 ff.

[3] Die gegentheilige Beſtimmung in c. 37 § 1 C. de inoff. test. (3. 28) iſt in Nov. 115 c. 4 pr. und Nov. 123 c. 19 aufgehoben, vgl. Francke a. a. O. S. 450 ff., Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 216 ff. und über die Teſtirfähigkeit der Hauskinder § 67 S. 429 sub II. 2. a.

[4] Nach dem Reichsmilitärgeſetz vom 2. Mai 1874 § 44; ſ. oben § 71 S. 454 ff. Für das römiſche Soldatenteſtament galt der Satz: sola voluntas in testando spectatur, § 6 I de exherd. lib. (2. 13), l. 27 § 2 D. de inoff. test. (5. 2), c. 24 C. eod. (3. 28).

[5] Vgl. § 81 S. 527 sub IV, § 82 S. 544 sub IV.

Nach älterem römischem Recht waren jene Beschränkungen bloß formelle. Es stellte nur die Vorschrift auf: der Testator muß gewisse Familienglieder, die seine nächsten Intestaterben sein würden, (sui, postumi sui, emancipati), als Erben instituiren oder exherediren; hat er sie präterirt, so werden sie gegen sein Testament als s. g. Notherben zur Erbschaft berufen. Diesen Grundsatz nennt man das Präteritionssystem oder das formelle Notherbenrecht. Es beruht theils auf dem ius civile, theils auf dem ius praetorium.

Das spätere römische Recht führte auch materielle Beschränkungen der Testirfreiheit ein. Es bestimmte: der Testator soll gewissen Familiengliedern, soweit sie ihn ab intestato beerbt haben würden (Descendenten, Ascendenten, Geschwister), einen Theil ihrer Intestatportion, den s. g. Pflichttheil, gleichviel in welcher Form zuwenden; hat er ihnen denselben liebloser Weise ganz oder theilweise entzogen, so werden sie gegen dieses testamentum inofficiosum als Notherben, die man Pflichttheilsberechtigte nennt, zur Erbschaft berufen. Dieser Grundsatz heißt das Inofficiositätssystem, oder das materielle Notherbenrecht, oder das Pflichttheilsrecht.

Im vorjustinianischen Recht gab es hiernach zwei Classen von Notherben: Notherben wegen Präterition und Notherben oder Pflichttheilsberechtigte wegen Inofficiosität des Testaments.

Nach verschiedenen Modificationen, welche die beiden Systeme der Notherbfolge im Justinianischen Recht erfuhren, hob Justinian durch die Novelle 115 das Präteritionssystem auf. Er versetzte dasselbe auf den Boden des Inofficiositätssystems, in dem er den Begriff der Inofficiosität auf die Form übertrug: er forderte für Ascendenten und Descendenten des Erblassers neben dem Pflichttheil auch die Ehre der Erbeinsetzung, um diese nächsten Angehörigen des Testators vor der iniuria praeteritionis et exheredationis zu schützen[1], wenn nicht eine causa ingratitudinis[2] sie recht-

[1] Nov. 115 c. 5 pr. .. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre.

[2] c. 3 § 13.

fertigt. Neben dieſem neuen Inofficioſitätsſyſtem für Kinder und Eltern ließ er für die Geſchwiſter des Teſtators das bloße Pflichttheilsrecht nach dem bisherigen Inofficioſitätsſyſtem unverändert ſtehen.

Auf Grund dieſer Reform ſtehen ſich im Juſtinianiſchen und folgeweiſe im heutigen gemeinen Recht folgende beide Claſſen von pflichttheilsberechtigten Perſonen oder Notherben[1] gegenüber: a) die Eltern und Kinder des Teſtators: ſie werden, ſofern ſie ohne geſetzlichen Grund von der Erbeinſetzung ausgeſchloſſen ſind, gegen das inofficiöſe Teſtament zur Inteſtaterbfolge berufen, ſofern ſie aber als Erben inſtituirt und bloß im Pflichttheil verkürzt ſind, haben ſie nur einen Anſpruch auf Ergänzung des Pflichttheils; b) die Geſchwiſter des Teſtators: ſie ſind überhaupt nur pflichttheilsberechtigt, falls der Teſtator eine turpis persona in ſeinem Teſtament eingeſetzt hat; unter dieſer Bedingung werden ſie, wenn ſie ohne gerechtfertigten Grund vom Pflichttheil ausgeſchloſſen ſind, gegen das inofficiöſe Teſtament zur Inteſtaterbfolge berufen; bei bloß unvollſtändiger Hinterlaſſung des Pflichttheils ſteht ihnen nur ein Anſpruch auf Ergänzung deſſelben zu[2]. Das Recht, welches durch die Verletzung der zu Gunſten der Notherben aufgeſtellten Vorſchriften für ſie begründet wird, iſt daher nach der verſchiedenen Art der Verletzung eine *Inteſtaterbberechtigung* oder eine *Vermächtnißberechtigung*[3].

Ob dies in der That das Ergebniß der Novelle 115 war, iſt in hohem Grade beſtritten. Man hat ſehr verſchiedene Anſichten über das Verhältniß dieſes Geſetzes zu dem früheren Notherbenrecht aufgeſtellt. Die Beurtheilung derſelben ſetzt Einſicht in

---

[1] Nach dem herkömmlichen Sprachgebrauch werden beide Claſſen von Pflichttheilsberechtigten auch *Notherben* genannt. Manche Juriſten wollen dieſe Bezeichnung auf die erſte Claſſe beſchränken, z. B. *Francke* a. a. O. M. E. kann man ohne Nachtheil bei dem Herkommen ſtehen bleiben, obwohl die Bezeichnung nicht quellenmäßig iſt. Vgl. *Puchta*, Pand. § 485 Note b, *Arndts*, Civil. Schriften Bd. 2 S. 560 Note 3 und dagegen *Hofmann*, Krit. Studien im röm. R. S. 200 ff.

[2] Vgl. *Einleitung* S. 6 ff.

[3] Vgl. *Einleitung* S. 23.

den geschichtlichen Entwicklungsgang des Notherbenrechts voraus. Deßhalb muß auch das Pandektenrecht die erforderliche Uebersicht über denselben enthalten[1]. Die nachfolgende Darstellung umfaßt demgemäß:

I. Das Notherbenrecht vor der Novelle 115, und zwar: A. das Präteritionssystem: 1) nach ius civile, (§ 89), 2) nach ius praetorium (§ 90); B. das Inofficiositätssystem: 1) nach ius civile (§ 91), 2) nach ius praetorium (§ 92). C. Die Reformen beider Systeme durch Justinian (§ 93).

II. Die Umgestaltung des Notherbenrechts durch die Novelle 115 (§ 94, 95).

III. Das Notherbenrecht des gemeinen Rechts: A. das Recht der Descendenten und Ascendenten (§ 96—102); B. das Recht der Geschwister (§ 103); C. die beiden anomalen Pflichttheilsrechte des arrogatus impubes und der armen Wittwe (§ 104, 105).

I. Das Notherbenrecht vor der Novelle 115*.

A. Das Präteritionssystem**.

1. Ius civile***.

§ 89.

Nach dem Recht der XII Tafeln galt der Satz: uti legassit suae rei, ita ius esto[2]. Sie kannten kein Notherbenrecht.

[1] Eingehender, als es hier geschehen kann, behandelt die historische Entwickelung des Notherbenrechts mein System des heut. röm. Erbrechts. S. 96 ff.

* Schröder, Das Notherbenrecht. Erste Abtheilung: Das Recht von der Novelle 115.

** A. Schmidt, Das formelle Recht der Notherben. Leipz. in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 Bd. 2 S. 15 ff., Bd. 3 S. 80 ff.

*** Gaius II. 123—134. Ulp. fr. XXII. 14—22. I. 2. 13 de exheredatione liberorum. D. 28. 2 de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. C. 6. 28 de liberis praeteritis vel exheredatis. 6. 29 de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis.

[2] l. 120 D. de V. S. (50. 16).

Bei der urſprünglichen Form des Teſtaments bedurfte es keiner Vorſchriften, welche die Teſtirfreiheit des Erblaſſers beſchränkten. Das testamentum comitiis calatiis conditum[1] ſtellte die Familie gegen Liebloſigkeit und Pflichtwidrigkeit des Teſtators vollſtändig ſicher: ein Teſtament, in welchem er ſeine nächſten Angehörigen zurückſetzen wollte, erhielt die Beſtätigung der Comitien nicht[2].

Nach Einführung des mündlichen Mancipationsteſtaments traten an die Stelle der Comitien fünf Zeugen, vor denen das Teſtament errichtet wurde[3]. Wenn die Zeugen die Familie des Teſtators kannten und deßhalb beurtheilen konnten, ob er, weil er nahe Angehörige präterirte, ein pflichtwidriges Teſtament mache, ſo verweigerten auch ſie ihr Zeugniß, da ſie ſich durch die Mitwirkung bei einem ſolchen Teſtament der öffentlichen Mißachtung ausgeſetzt haben würden. Allein der Teſtator konnte Zeugen wählen, die ſeine Familienverhältniſſe nicht kannten, und ſo ohne deren Wiſſen nächſte Familienglieder im Teſtament ausſchließen. Deßhalb reichte jetzt die Teſtamentsform nicht mehr zum Schutz der Familie des Erblaſſers aus; er mußte ihr durch Rechtsvorſchriften gewährt werden[4].

Zunächſt entſtand das Bedürfniß, dem Teſtator die Möglichkeit zu entziehen, ſeine nächſten Familienglieder bei der Teſtamentserrichtung mit Stillſchweigen zu übergehen, und zu dieſem Zweck von ihm zu fordern, ihre Ausſchließung ausdrücklich vor den Zeugen zu erklären. Dieſe Anforderung ließ ſich den sui des Teſtators gegenüber begründen. In Folge der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder war das Vermögen eines Paterfamilias ein durch und für ſeine sui miterworbenes, welches ihnen als ſolches im ſittlichen Sinne ſchon bei Lebzeiten des Vaters gehörte. Ihre Erbfolge wurde daher als eine continuatio dominii betrachtet, die ihnen bloß die libera administratio gab[5]. Sollte dieſe con-

[1] Gaius II. 101. 102.

[2] Vgl. mein Syſtem S. 12 ff.

[3] Vgl. mein Syſtem S. 54 ff.

[4] Vgl. mein Syſtem S. 60 ff.

[5] l. 11 D. de lib. et post. hered. (28. 2). Vgl. Einleitung S. 8 Note 4.

tinuatio dominii beim Tode des Vaters für seine sui nicht eintreten, so mußte sie durch Exheredation der sui d. i. durch ihre ausdrückliche Ausschließung von der Erbschaft aufgehoben werden. Diese Argumentation der römischen Jurisprudenz führte zu der ersten Beschränkung der Testirfreiheit durch folgende Bestimmung:

Der Testator soll seine sui und postumi sui in seinem Testament nicht präteriren, sondern entweder als heredes instituiren, gleichviel auf welche Quote, oder sie exherediren, gleichviel aus welchem Grunde[1].

Sui sind alle Personen, die in der unmittelbaren patria potestas oder manus des Erblassers stehen[2]; postumi sui sind sui, die dies nach der Testamentserrichtung, z. B. durch Geburt, durch Adoption, durch conventio in manum mariti, oder durch Wegfallen eines dazwischen stehenden Parens geworden sind[3], oder die es geworden wären, wenn der Erblasser ihre Geburt noch erlebt hätte[4]. Der filius suus als das künftige Haupt der Familie muß nominatim d. ist. speciell enterbt werden (filius meus exheres esto), ebenso der postumus filius; alle übrigen sui (Töchter, Enkel 2c.) können inter ceteros enterbt werden, es genügt, wenn der Erbeinsetzung der Satz hinzugefügt ist: ceteri omnes exheredes sunto[5]. Sui, bei denen der Testator diese Vorschriften verletzt hat, sind präterirt. Die Präterition eines filius suus macht das Testament von Anfang an nichtig[6]. Durch die Präterition anderer sui wird das Testament nicht aufgehoben. Hier bewirkt sie nur, daß die präterirten sui den Testamentserben accres-

---

[1] Ulp. fr. XXII. 14. 15. pr. § 1 I. de exher. lib. (2. 13). Vgl. mein System § 5 S. 309 Note 42.

[2] Ulp. fr. XXII. 14. § 4 I. l. c. (2. 13).

[3] Ulp. fr. XXII. 15. 19, XXIII. 3. l. 29 pr. § 12. 13 D. de lib. et post. (28. 2). § 2 I. l. c. (2. 13).

[4] Ulp. tr. XXII. 19. l. 3 § 1 D. de iniust. testam. (28. 3). Es konnte auch noch aus andern Gründen eine Person nach dem Tode des Erblassers postumus suus werden; vgl. Gaius III. 5. Ulp. fr. XXIII. 3 i. f.

[5] Ulp. fr. XXII. 20. 21. Gaius II. 127. 128. pr. § 2 I. l. c. (2. 13).

[6] Nach der recipirten Ansicht der Sabinianer, nach der Ansicht der Proculianer nur, wenn der filius den Erblasser überlebte, Gaius II. 123. pr. I. l. c. (2. 13).

ciren d. i. neben ihnen zur Erbſchaft gelangen, als ob ſie inſtituirt wären. Sie erhalten, wenn die Teſtamentserben auch sui des Teſtators ſind, eine portio virilis, ſind die Teſtamentserben extranei, ſo bekommen dieſe die eine Hälfte der Erbſchaft, die andere die präterirten sui[1].

In ein neues Stadium trat das Präteritionsſyſtem mit der Schriftlichkeit des Mancipationsteſtaments[2]. So lange es ein mündliches war, trugen die Teſtamentszeugen, wenn ſie von der Exiſtenz der sui Kenntniß erhielten, ſchon ihrer ſelbſt wegen Sorge dafür, daß dieſelben auf eine angemeſſene Quote inſtituirt oder nur aus einem gerechten Grunde exheredirt wurden. Die letztwilligen Dispoſitionen des ſchriftlichen Teſtaments blieben den Teſtamentszeugen unbekannt. Damit hörte ihr Einfluß auf eine pflichtmäßige Errichtung des Teſtaments nothwendig auf. Die römiſche Jurisprudenz verſuchte deßhalb den bisherigen Schutz der Familie des Erblaſſers durch die Zeugen zu erſetzen durch eine Steigerung der Exheredationsformalitäten. Die neuen Formen ſollten jetzt denſelben moraliſchen Zwang auf die Gewiſſenhaftigkeit des Teſtators ausüben, der beim mündlichen Teſtament durch die Zeugen auf ihn ausgeübt wurde. Zu dieſem Zweck gelangten folgende Vorſchriften zur Geltung:

1) die Exheredation des suus und postumus suus muß ab omnibus coheredibus und ab omnibus gradibus erfolgen[3]: z. B. A ſoll Erbe ſein, der suus X ſoll exheredirt ſein, B ſoll Erbe ſein, der suus X ſoll exheredirt ſein, dem A und B ſoll C ſubſtituirt ſein, der suus X ſoll exheredirt ſein. Die Erbeinſetzung, bei der die Exheredation des suus unterbleibt, iſt nichtig, weil dieſem Erben gegenüber der suus präterirt wird[4]. Dieſe Form ſoll den Teſtator nöthigen, jeden ſeiner Teſtamentserben mit dem suus, den er exherediren will, zu vergleichen und zu prüfen, ob er

[1] Gaius II. 124. Ulp. fr. XXII. 16. 17.

[2] Vgl. mein Syſtem S. 63 ff. S. 97 ff.

[3] l. 3 § 6, l. 8 D. de lib. et post. (28. 2).

[4] l. 14 § 1 D. eod. . . . vulgo dicitur eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere.

den Vorzug vor dem suus verdient, eine Prüfung, zu der ihn beim mündlichen Testament die Zeugen veranlassen konnten.

2) Der sub conditione instituirte suus muß ausdrücklich sub conditione contraria exheredirt werden, sonst gilt er als präterirt[1]; nur bei der Einsetzung unter einer Potestativbedingung, deren Erfüllung in der Macht des Instituirten steht, bedarf es der Exheredation sub conditione contraria[2] nicht. Diese Vorschrift soll es dem Testator unmöglich machen, die Exheredation unausgesprochen zu lassen und in der Erbeinsetzung zu verbergen, um sein Gewissen über seine Disposition zu beschwichtigen durch die Form, in der er sie trifft.

3) Auch der sub conditione contraria exheredirte suus gilt als präterirt, wenn er die Entscheidung der conditio nicht mehr erlebt[3]. Hat der Testator der Erbeinsetzung eine Bedingung hinzugefügt, über deren Erfüllung nach ihrer Beschaffenheit bei Lebzeiten des suus keine Gewißheit mehr eintreten kann, so hat er in der That die bedingte Enterbung unbedingt gewollt und seine Verfügung nur durch die Form in ein günstigeres Licht zu stellen gesucht. Das römische Recht entzieht ihm diese Möglichkeit, um auf sein Gewissen zu influiren.

4) Der sub conditione exheredirte suus gilt als präterirt,

[1] Die Einsetzung ist also von vornherein nichtig; die ihr hinzugefügte Bedingung wird nicht gestrichen. l. 83 D. de condit. (35. 1). c. 4 C. de instit. (6. 25). Nur Töchter und Enkel konnten ursprünglich unter jeder Bedingung eingesetzt werden ohne Enterbung sub conditione contraria, weil sie, wenn die Bedingung deficirte, das Accrescenzrecht hatten, l. 4 pr., l. 6 § 1 D. de H. I. (28. 5), l. 24 D. de lib. et post. (28. 2), vgl. Francke a. a. O. § 4. Erst durch das Recht des Codex stellte Justinian das Notherbenrecht der Töchter und Enkel dem eines filiusfamilias gleich, c. 4 C. de lib. praeter. (6. 28). § 5 I. de exhered. liber. (2. 13), vgl. § 93 S. 606 sub II. und v. Bangerow, Pand. § 469.

[2] l. 20 § 4 D. de bon. libert. (38. 2). l. 4 § 1. 2, l. 5 D. de H. I. (28. 5). l. 86 pr. D. eod. l. 1 § 8 i. f. D. si quis om. c. test. (29. 4). l. 28 D. de condit. inst. (28. 7). Ist aber die Potestativbedingung contra legem oder contra bonos mores, so gilt der Instituirte als präterirt, l. 15 D. eod. Francke a. a. O. § 4, v. Bangerow, a. a. O. § 469.

[3] l. 28 pr. D. de lib. et post. (28. 2).

wenn er nicht sub conditione contraria instituirt ist[1]. Wo es an dieser Erbeinsetzung fehlt, hat der Testator den suus auch dann nicht zur Erbfolge berufen wollen, wenn die Bedingung für die Enterbung ausfällt, weil nach dem ius civile eine stillschweigende Erbeinsetzung nicht möglich war. Die der Enterbung hinzugefügte Bedingung konnte also nur den Zweck haben, diese äußerlich noch als eine ungewisse erscheinen zu lassen. Deßhalb wurde dem Testator auch dieser Ausweg abgeschnitten, durch die Form sein Gewissen über die Ungerechtigkeit seiner Disposition zu beruhigen.

Neben diesen Vorschriften wurde der allgemeine Grundsatz aufgestellt: exheredationes non sunt adiuvandae[2]. Nach ihm ist jede Exheredation nichtig, die mit ihrem Begriff irgendwie in Widerspruch steht. So namentlich a) die exheredatio post aditam hereditatem: der suus soll enterbt sein, wenn der instituirte Erbe angetreten hat; sie ist nichtig, weil der Antritt die Gültigkeit des Testaments, diese die Enterbung des suus voraussetzt[3], b) die exheredatio post mortem exheredati[4] und die exheredatio ex certa re oder ex certa parte, während die heredis institutio ex certa re gültig ist nach dem Grundsatz, nach welchem letztwillige Honorirungen möglichst aufrecht zu erhalten sind[5].

2. Ius praetorium*).

§ 90.

Nachdem der Prätor den emancipati in der Classe unde liberi ein gleiches Intestaterbrecht und damit eine gleiche Familienstellung wie den sui gegeben hatte[6], war es eine sich von selbst

[1] l. 3 § 1 D. eod. l. 18 pr. D. de b. p. c. t. (37. 4).

[2] Vgl. § 73 S. 463 Note 2.

[3] l. 3 § 2 D. de lib. et post. (28. 2). l. 68 i. f. D. de H. I. (28. 5).

[4] l. 13 § 2, l. 29 § 10 D. de lib. et post. (28. 2).

[5] l. 19 D. eod.

* Gaius II. 135—137. Ulp. fr. XXII. 23 XXVIII 2—4. § 3. 4 I. de exhered. liber. (2. 13). D. 37. 4 de b. p. contra tabulas. C. 6. 12 de b. p. c. t. quam praetor liberis pollicetur.

[6] l. 6 § 1 D. de B. P. (37. 1).

verstehende Consequenz, daß er sie neben denselben auch unter die Notherben aufnahm[1]. Er erweiterte deßhalb das civile Präteritionssystem und modificirte es zugleich, um die sui in eine günstigere Lage zu bringen. Die zu diesem Zweck in seinem Edict aufgestellten Vorschriften waren folgende:

1) Der Erblasser soll in seinem Testamente seine liberi nicht präteriren, sondern instituiren oder exheredіren. Liberi sind seine sui, seine postumi sui und die emancipati d. i. seine leiblichen Descendenten, die seine sui sein würden, wenn sie nicht emancipirt wären, also mit Ausnahme derjenigen, die von einem Andern adoptirt sind[2].

2) Alle männlichen liberi, sui wie emancipati, müssen nominatim exheredirt werden, nicht bloß der filius suus wie es das ius civile vorschreibt; die exheredatio inter ceteros soll nur noch bei den weiblichen liberi zulässig sein[3]. Im Uebrigen fordert auch der Prätor für die Enterbung der liberi die civilen Exheredationsformalitäten[4]. Nur hinsichtlich der bedingten Erbeinsetzungen hat er bestimmt: emancipati können auch unter einer casuellen Bedingung gültig instituirt werden[5].

3) Sind liberi übergangen oder ungültig enterbt, so bewirkt ihre Präterition, daß sowohl den präterirten als den instituirten liberi durch b. p. contra tabulas ihre Intestatportion deferirt wird. Während nach ius civile nur der präterirte filius suus seine Intestatportion erhielt, die übrigen sui dagegen nur unter Aufrechthaltung der Vermächtnisse und sonstigen Vergabungen den instituirten Erben accrescirten, sollte nach ius praetorium die Wirkung der Präterition für die nominatim und für die inter

---

[1] Vgl. mein System S. 29 ff., S. 101 ff.

[2] Gaius II. 135. 136. Ulp. fr. XXVIII. 2—4. l. 1 § 6 D. si tab. testam. (38. 6).

[3] Ulp. fr. XXII. 23. Gaius II. 129. 135. § 3. 4 I. de exher liber. (2. 13).

[4] Also exheredatio ab omnibus coheredibus und ab omnibus gradibus (§ 89 S. 593 sub 1.). l, 8 § 1—5 D. de b. p. c. t. (37. 4).

[5] l. 3 § 11—13 D. eod.; vgl. § 89 S. 594 sub 2.

ceteros zu exheredirenden Perſonen keine verſchiedene mehr ſein, ſondern jedes präterirte Kind, das emancipirte wie das nicht emancipirte, gegen das Teſtament zur Inteſtaterbfolge berufen werden und die ihm ab intestato zufallende Quote mit der hereditatis petitio intestati verfolgen können[1]. Um ihnen dieſes Recht zu gewähren, war es nicht nöthig, daß das Teſtament mit ſeinem ganzen Inhalt unterging, wie es nach ius civile bei der Präterition eines filius suus geſchah, es genügte, wenn diejenigen Dispoſitionen aufgehoben wurden, welche den Notherben etwas entzogen. Deßhalb beſtimmte der Prätor:

4) Durch Ertheilung der b. p. contra tabulas ſollen nur die Erbeinſetzungen, Vermächtniſſe und Freilaſſungen ihre Geltung verlieren, die übrigen im Teſtament angeordneten Dispoſitionen, namentlich Pupillarſubſtitutionen, Vormundsernennungen und Exheredationen, die den Notherben nicht nachtheilig ſind, ſollen aufrecht erhalten werden[2].

Hiernach hatte der Prätor der Präterition der weiblichen und der männlichen liberi gleiche Wirkung gegeben. Dies ſtand mit dem gegenwärtig geltenden Inteſtaterbrecht nicht in Einklang. Nach ihm hatte das männliche Geſchlecht immer noch einen Vorzug vor dem weiblichen[3]. Deßhalb modificirte Kaiſer Antoninus das prätoriſche Edict durch folgende Vorſchrift: präterirte weibliche liberi ſollen durch die b. p. contra tabulas nur den

---

[1] Ulp. fr. XXII. 23. Gaius II. 135a. § 3. I. l. c. (2. 13). l. 8 § 14 D. de b. b. p. c. t. (37. 4). l. 8 § 11. 12, l. 10 § 3, l. 3 § 11 D. eod. l. 2 pr. D. de b. p. s. t. (37. 11). Nur der sub conditione eingeſetzte emancipatus hat erſt deficiente conditione de b. p. contra tabulas, dagegen pendente conditione de b. p. secundum tabulas, ſo daß er existente conditione teſtamentariſcher Erbe iſt, l. 3 § 13 D. de b. p. c. t. (37. 4).

[2] l. 13 pr. D. de b. p. c. t. (37. 4). l. 1—3, l. 5 § 6, l. 8 § 2, l. 10 § 1 D. de legat. praest. (37. 5). l. 22, l. 34 D. de vulg. subst. (28. 6). l. 8 pr. l. 10 § 5 D. de b. p. c. t. (37. 4). Aufrechterhalten werden auch das Rückvermächtniß der Dos an die Frau und an die Schwiegertochter und bis zum Betrage eines Kopftheils Vermächtniſſe an cognatiſche Aſcendenten und Deſcendenten, D. 37. 5 de leg. praest. c. t. bonor. possessione petita.

[3] Vgl. mein Syſtem S. 7. 48.

Testamentserben accresciren und durch diese Accrescenz nicht mehr erhalten als die präterirten suae nach ius civile[1 2].

B. Das Inofficiositätssystem oder das Pflichttheilsrecht*.

1. Ius civile**.

§ 91.

Der Versuch nach der Einführung des schriftlichen Testaments durch eine Steigerung der Exheredationsformalitäten den Schutz zu ersetzen, welchen bis dahin die mündliche Testamentsform der Familie des Testators gegen Willkür und Lieblosigkeit gewährte, mußte nothwendig erfolglos bleiben. Der Schutz durch die Form des Testaments setzte Oeffentlichkeit und Mündlichkeit desselben voraus. Mit der Heimlichkeit des letzten Willens verloren alle auf dieses Ziel gerichtete Formen ihre Kraft. Gegenüber den Einflüssen und Aufreizungen, durch welche andere Personen den Testator zur Enterbung eines nächsten Verwandten bestimmten[3], ließ sich beim mündlichen Testament wohl von dem beredten Wort der Zeugen eine Sinnesänderung erwarten, aber die bloßen Formen, in denen er beim schriftlichen Testament seine Entschließung zu erklären hatte, erwiesen sich als machtlos. Mit der Heimlichkeit des Testaments entstand daher das Bedürfniß, der Familie des

---

[1] Gaius II. 124—127. Erst durch das Recht des Codex werden von Justinian die weiblichen liberi dem männlichen gleichgestellt, c. 4 C. de liber. praet. (6. 28), vgl. § 93.

[2] Die verschiedenen Principien des civilen und prätorischen Rechts standen in folgendem Verhältniß zu einander: der unter einer conditio casualis eingesetzte suus hat die Wahl, ob er die civile Nichtigkeit des Testaments oder die b. p. secundum tabulas bezw. contra tabulas für sich geltend machen will, auf die blos prätorischen Notherben kommen aber nur die Grundsätze des prätorischen Edicts zur Anwendung, vgl. l. 2 § 1 D. de b. p. s. t. (37. 11), v. Bangerow, Pand. § 469 a. E.

* I. 2. 18. D. 5. 2. C. 3. 28 de inofficioso testamento.

** Vgl. mein System S. 104 ff.

[3] l. 3 D. t. c. (5. 2) . . . falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt, l. 4 D. quod plerumque faciunt . . . novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti.

Testators auch einen materiellen Schutz zu gewähren. Es genügte nicht mehr die Vorschrift, daß der Testator seiner nächsten Familienglieder durch Institution oder Exheredation im Testament gedenken müsse, sondern es mußte an ihn auch die Anforderung gestellt werden, daß er sie in angemessener Weise bedenke. Und wenn dabei dem officium pietatis volle Rechnung getragen werden sollte, so durfte ihm diese Pflicht nicht bloß gegen seine liberi auferlegt werden, die eine Frau überhaupt nicht haben konnte[1], sondern nach dem Gebot der Familienliebe auch gegen andere nahe Angehörige[2]. Diese Erwägung brachte in der Praxis des Centumviralgerichtes, welches in Erbschaftsprozessen Recht sprach, neben dem Präteritionssystem folgenden Grundsatz zur Geltung:

Der Testator soll seinen nächsten Familiengliedern, denen das sittliche Gefühl einen Anspruch auf seine Fürsorge giebt, soweit sie ihn ab intestato beerbt haben würden, einen bestimmten Theil seines Vermögens, portio debita oder legitima, den s. g. Pflichttheil in irgendwelcher Form hinterlassen, sofern sie sich dieses Anspruchs nicht unwürdig gemacht haben. Bei ungerechtfertigter Entziehung oder Verkürzung des Pflichttheils sollen sie gegen das Testament, weil es ein testamentum inofficiosum d. i. ein pflichtwidriger letzter Wille ist, zur Intestaterbfolge berufen werden und zur Verfolgung dieses aus einem besonderen Grunde, ex causa inofficiosi, erworbenen Intestaterbrechts eine besondere Klage haben: die querela inofficiosi testamenti[3].

Dieser Grundsatz des s. g. Inofficiositätssystems oder des Pflichttheilsrechts oder des materiellen Notherbenrechts beruht auf folgendem Gedanken: ein Testator, der seine nächsten Familienglieder, die ihn ab intestato beerbt haben würden, unverdienter

---

[1] Vgl. § 7 I. de exhered. (2. 13), l. 4 § 2 de b. p. c. t. (37. 4) u. über die ursprüngliche Testirunfähigkeit der Frauen mein System S. 81 Note 195.

[2] Plinius epist. VIII. 18 Quo laudabilius testamentum est, quod pietas, fides, pador scripsit: in quo denique omnibus affinitatibus pro cuiusque officio gratis relata est, relata et uxori.

[3] Vgl. Einleitung S. 5. 6. 7.

Weise gar nicht oder unzureichend bedenkt, kann zu dieser Kränkung[1] nur durch unwahre Eingebungen im Zorn und in blinder Leidenschaft hingerissen worden sein[2]. Er hat deßhalb diesen Familiengliedern gegenüber als eine Person gehandelt, die, einem Wahnsinnigen gleich, ihres Willens nicht Herr war[3]. Daher rechtfertigt es sich, daß von diesen Verwandten auf Rescission seines Testaments geklagt werden kann[4] mit der Wirkung, daß ihnen zur Genugthuung für die erlittene Kränkung ihre Intestatportion deferirt wird[5].

Im Einzelnen bildeten sich nach diesem Grundsatz in der Praxis des Centumviralgerichts folgende Normen:

1) Die pflichttheilsberechtigten Personen sind die Descendenten, die Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister und

---

[1] l. 4 D. t. c. (5. 2). Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt. l. 8 pr. D. eod. . . ipsius enim iniuria est. l. 22 pr. D. eod. . . nam indignatio filii est. l. 18 D. de lib. et post. (28. 2) . . notae causa exheredant filios . c. 10 C. de test. milit. (6. 21) . . exheredationis notam infligit.

[2] l. 3 D. de inoff. test. (5. 2). . . falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt. l. 4 D. eod.

[3] l. 5 D. t. c. (5. 2) . . Huius autem verbi „de inofficioso" vis illa, ut dixi, est docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum; resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse. cum testamentum inique ordinaret. pr, I. t. c. (2. 18) . . sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum. pr. I. eod. . . . queruntur aut inique se exheredatos aut inique praeteritos. c. 28 C. t. c. (3. 28).

[4] l. 17 § 1 D. t. c. (5. 2). Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. l. 8 § 16 D. eod. Si ex causa de inofficiosi cognoverit index et pronunciaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est.

[5] l. 6 § 1 D. eod. . . . . nam intestatum patremfamilius facit. l. 20 pr. D. de b. p. c. t. (37. 4) . . sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae. c. 34 pr. C. t. c. (3. 28 . . . hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta.

von den halbbürtigen die consanguinei, soweit diese Verwandten den Erblasser ab intestato beerbt haben würden; die Geschwister haben aber das Pflichttheilsrecht nur unter der Bedingung, daß die ihnen vorgezogenen Erben turpes personae sind[1].

2. Die Pflichten des Testators gegen diese Personen beschränken sich auf die Hinterlassung des Pflichttheils. Der Pflichttheil beträgt 1/4 der Intestatportion[2]. Er kann in jeder beliebigen Form, durch Erbeinsetzung, Vermächtniß u. s. w., hinterlassen werden[3], aber die Hinterlassung muß sine gravamine erfolgen d. h. ohne jede Belastung, daher unbedingt, unbetagt und ohne modus. Das gravamen machte ursprünglich die Zuwendung nichtig; nach Justinians Vorschrift gilt es pro non scripto[4].

3. Die Folge der Verletzung dieser Pflichten besteht darin: der Pflichttheilsberechtigte, dem liebloser Weise die portio legitima gar nicht hinterlassen ist oder nicht vollständig ohne Anordnung eventueller Ergänzung, hat die querela inofficiosi

[1] l. 5, l. 15 pr. D. de inoff. test. (5. 2), l. 1 D. eod. c. 21, 27 C. h. t. (3. 28). c. 7 C. eod.

[2] Diese Feststellung des Pflichttheils beruhte auf einer Uebertragung der Quarta Falcidia von der Institutionsportion der testamentarischen Erben auf die Intestatportion der pflichttheilsberechtigten Personen. Deshalb wird der Pflichttheil auch häufig geradezu Falcidia genannt, c. 5 § 3 C. ad leg. Jul. maiest. (9. 8), c. 31 C. de inoff. test. (3. 28). Das officium pietatis forderte, daß der Erblasser seinen nächsten Angehörigen mindestens dieselbe Quote zuwies, die sie ab intestato erhalten haben würden. Demgemäß erschien also ihr gesetzlicher Erbtheil als die debita portio. Allein die lex Falcidia gab dem Testator das Recht, jedem testamentarischen Erben drei Viertel seiner Institutionsportion durch Anordnung von Vermächtnissen zu entziehen. Stellte man dieses Recht dem officium pietatis gegenüber, so ergab sich, daß der Testator seiner sittlichen Verpflichtung entsprach, wenn er die hier in Rede stehenden Personen in seinem Testament auf ihre Intestatportion einsetzte, und daß er nur von einer gesetzlichen Befugniß Gebrauch machte, wenn er diesen ihren Erbtheil um drei Viertel wieder verkürzte. Dies Ergebniß führte zu dem Grundsatz: der Pflichttheil besteht in der quarta debitae portionis, l. 8 § 8, § 9 D. de inoff. test. (5. 2).

[3] l. 25 pr. D. de inoff. test. (5. 2). c. 29. 35 § 2 C. h. t. (3. 28). § 6 I. h t. (2. 18).

[4] c. 32, 36 pr. § 1 C. h. t. (3. 28). Vgl. Francke a. a. O. S. 245 ff.

testamenti gegen die Testamentserben auf Rescission des Testaments bis zum Betrage seiner Intestatportion[1]. Daher ist es möglich, daß durch das Urtheil das Testament nur zum Theil, oder daß es ganz aufgehoben wird. Bei einer bloß theilweisen Rescission, wie sie eintritt, wenn sich das Intestaterbrecht des Klägers nicht auf die ganze Erbschaft erstreckt, weil andere pflichttheilsberechtigte Intestaterben im Testament eingesetzt sind, wird dem Kläger die ihm gebührende Intestatportion zugesprochen[2], im Uebrigen bleiben die Verfügungen des Testaments in Kraft[3]: die Pupillarsubstitutionen wie die Freilassungen und auch die Vermächtnisse, aber für sie haftet nur der besiegte Testamentserbe zu seinem Theil, der siegende Intestaterbe haftet nicht[4]. Dagegen bei der gänzlichen Rescission des Testaments, wie sie namentlich eintritt, wenn der Erblasser den pflichttheilsberechtigten Intestaterben lieblos von der portio legitima ausgeschlossen und einen extraneus instituirt hat[5], geht das Testament mit seinem ganzen Inhalt unter[6].

Um mit der Queral zu siegen muß der Kläger durch den Nachweis seines guten Betragens gegen den Testator beweisen, daß er die Präterition oder Exheredation nicht verdient hat, sofern sich nicht der verklagte Testamentserbe bereit erklärt, einen rechtmäßigen Grund für die Ausschließung des Pflichttheilsberechtigten nachzuweisen. Ueber die Rechtmäßigkeit entscheidet richterliches Ermessen; bestimmte gesetzliche Enterbungsgründe kannte das ius civile nicht[7]. Die Querel verjährt, weil sie eine Anfechtung des Andenkens des Erblassers involvirt[8], schon in fünf Jahren[9] seit dem

[1] l. 19 D. h. t. (5. 2). l. 8 § 8 D. eod.

[2] l. 16 pr. D. eod.

[3] l. 19 D. eod. Daher kann der Testator pro parte testatus, pro parte intestatus beerbt werden, vgl. § 5 S. 91 Note 3.

[4] l. 8 § 5 D. eod. l. 31 pr. D. de vulg. et pup. subsit. (28. 6). c. 13 C. de inoff. test. (3. 28).

[5] c. 22 C. h. t. (3. 28).

[6] l. 26 D. h. t. (5. 2.) l. 21 § 2 D. eod.

[7] l. 3. 5 D. h. t. (5. 2). c. 28 C. h. t. (3. 28).

[8] Wie die Klagen, welche über den Status einer Person nach ihrem Tode angestellt wurden, l. 2 pr. D. ne de statu defunct. (40. 15).

Erbschaftsantritt aus dem inofficiösen Testament[1]. Aus demselben Grunde ist sie eine subsidiäre Klage, die, wenn andere gleich wirksame Rechtsmittel zu Gebote stehen, nicht angestellt werden darf[2], und bei Abweisung des Klägers verliert er das ihm im Testament Hinterlassene[3].

2. Ius praetorium*.

§ 92.

Der Prätor erweiterte das Inofficiositätssystem durch zwei Pflichttheilsrechte, die hier nur kurz anzuführen sind, weil sie für das heutige Recht keine Bedeutung haben. Dies waren:

1. Die B. P. contra tabulas liberti. Nach ius civile brauchte der libertus seinen Patron nicht in seinem Testament zu bedenken. Der Prätor gab demselben aber ein Recht auf die halbe Erbschaft des libertus; war ihm diese nicht in irgend einer Form im Testament hinterlassen, so hatte der Patron die dimidiae partis b. p. contra tabulas, falls der libertus nicht aus seinem Testament von leiblichen Kindern beerbt wurde[4]. Dieses Pflichttheilsrecht wurde, nachdem es durch die lex Iulia et Papia Poppaea mannigfache Modificationen erfahren hatte[5], von Justinian reformirt und blieb in dieser neuen Gestalt ein Bestandtheil des Justinianischen Rechts[6];

2. die B. P. contra tabulas emancipati. Dasselbe Pflichttheilsrecht wie dem Patron gab der Prätor dem parens manumissor mit einer Abweichung: hat der emancipatus in seinem

---

[1] l. 8 § 17, l. 9 D. h. t. (5. 2).

[2] l. 8 § 10 D. eod. . . quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela.

[3] § 2 I. h. t. (2. 18).

[3] l. 8 § 14 D. h. t. (5. 2).

* Gaius III. 39 sqq. I. 3. 7. de successione libertorum Ad. Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor. Leipzig in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 u. 38 Bd. 5 S. 425 ff.

[4] Ulp. fr. XXIX. 1.

[5] Gaius III. 42–44.

[6] § 3 I. de succ. libert. (3. 7). c. 4 C. de bon. libert. (6. 4).

Testament turpes personae instituirt, so erstreckt sich das Pflichttheilsrecht des parens auf die ganze Erbschaft[1]. Ursprünglich durfte deßhalb der Vater nicht bloß sein Pflichttheilsrecht als Vater, sondern auch als manumissor das Recht des Patrons in Anspruch nehmen. Dieses Recht des Vaters als Patronus ist aber im Justinianischen Recht weggefallen. Durch die Novelle 118 wurde das Intestaterbrecht, welches bis dahin der Vater als Patronus hatte[2], aufgehoben[3]. Damit ging nothwendig das ihm in dieser Eigenschaft zustehende Pflichttheilsrecht unter, da das Pflichttheilsrecht jenes Intestaterbrecht zur Voraussetzung hat[4].

C. Reformen beider Systeme durch Justinian*.

§ 93.

Justinians Reformen hatten zunächst nur den Zweck, einzelne besonders hervortretende Mängel des bestehenden Notherbenrechts zu beseitigen. Sie vollzogen sich successive in folgender Weise:

I. Den Anfang machte eine Vorschrift, welche beide Systeme berührte.

Nach dem Inofficiositätssystem, wie es Justinian vorfand, wurde die querela inofficiosi testamenti nicht bloß durch gänzliche Entziehung des Pflichttheils begründet, sondern auch durch unvollständige Hinterlassung desselben, sofern der Testator nicht die eventuelle Ergänzung ausdrücklich angeordnet hatte (§ 91). Es konnte daher, obwohl der Erblasser Willens war, den Pflichten

---

[1] l. 1 pr., l. 3 pr. D. si a par. quis m. (37. 12). l. 29 § 3, l. 30 D. de test. mil. (29. 1).

[2] § ult. I. de leg. agn. succ. (3. 2). l. 2 § 4 D. unde legit. (38. 7). § 3 I. de b. p. (3. 9). Vgl. meinen Grundr. zu Vorl. über die Instit. u. Gesch. d. röm. Privatrechts. S. 18 sub 3 B. u. S. 21 a. E.

[3] Vgl. Mühlenbruch, Commentar Bd. 35 S. 219 ff. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 572 Note 20 a. E.

[4] Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 356 ff. Francke, Das Recht der Notherben S. 483 ff.

* Vgl. mein System S. 141 ff.

der Familienliebe nachzukommen, in Folge einer bloßen Ungenauigkeit in der Berechnung des Pflichttheils die Reſciſſion des Teſtaments herbeigeführt werden. Das ſtand im Widerſpruch mit dem Zweck der Querel, nach welchem ſie nur für eine liebloſe Kränkung Genugthuung gewähren ſollte.

Nach dem Präteritionsſyſtem war ein Teſtament ungültig, in welchem der Erblaſſer ſeine männlichen liberi nicht entweder als Erben inſtituirt oder exheredirt hatte; bei der Präterition eines filius suus war es nichtig, bei Uebergehung anderer männlicher liberi gingen wenigſtens die Erbeinſetzungen, Vermächtniſſe und Manumiſſionen durch die b. p. contra tabulas unter (§ 89. § 90). Der Teſtator konnte alſo die liberi z. B. durch ein Vermächtniß mit dem Pflichttheil bedacht und dadurch ſeiner Liebespflicht vollkommen genügt haben, wenn er ihre Exheredation verſäumt und ſie deßhalb präterirt hatte, war ſein Teſtament demungeachtet ungültig. Dieſe Folge entbehrte eines verſtändigen Grundes, da die Exheredation keiner iusta causa bedurfte.

Beide Mängel des geltenden Rechts corrigirte Juſtinian durch folgende Vorſchrift: ein Teſtament ſoll nicht mehr ungültig werden weder wegen Inofficioſität noch wegen Präterition, wenn der Erblaſſer ſeine Pflichttheilsberechtigten irgendwie bedacht, ihnen aber die portio legitima nicht vollſtändig zugewandt hat. Hier ſoll die etwaige Präterition unſchädlich ſein und angenommen werden, der Teſtator habe die Schmälerung des Pflichttheils, wo ſie ohne den Vorwurf der ingratitudo erfolgte, nicht beabſichtigt; demgemäß ſoll den Pflichttheilsberechtigten nur ein Anſpruch auf Ergänzung des Pflichttheils (ſ. g. actio suppletoria) gegen die Teſtamentserben zuſtehen, wie wenn der Teſtator die eventuelle Ergänzung angeordnet hätte[1]. Nach einer ſpäteren Vorſchrift Juſtinians tritt dieſe Willensinterpretation auch da ein, wo der Pflichttheil an ſich vollſtändig hinterlaſſen, aber durch gravamina verkürzt iſt: auch hier ſoll dieſe Verkürzung als nicht gewollt und die Belaſtung als nicht hinzugefügt betrachtet werden[2].

---

[1] c. 30 pr. § 1 C. de inoff. testam. (3. 28), c. 31. c. 36 pr. C. eod.
[2] c. 32 C. eod.

Hiernach hatten die beiden Systeme des Notherbenrechts folgende Abänderungen erfahren:

1. Nach dem Inofficiositätssystem wird jetzt die querela inofficiosi testamenti auf Rescission des Testaments bis zum Betrage der Intestatportion nur noch begründet bei gänzlicher Ausschließung vom Pflichttheil und bei theilweiser Entziehung desselben unter dem Vorwurf der ingratitudo; bei unvollständiger Hinterlassung des Pflichttheils ohne diesen Vorwurf hat der Pflichtheilsberechtigte nur die actio suppletoria auf Ergänzung [1].

2. Nach dem Präteritionssystem tritt jetzt für die männlichen liberi die Nichtigkeit des Testaments beziehungsweise die b. p. contra tabulas nur noch ein, wenn sie weder irgendwie bedacht, noch nominatim exheredirt sind. Ein späteres Gesetz von Justinian erließ auch für die Exheredation den Gebrauch der verba civilia (§ 89) durch die Bestimmung, daß sie wie die Erbeinsetzung [2] in beliebigen Worten angeordnet werden könne [3], nachdem schon Kaiser Antoninus das Erforderniß, daß sie wörtlich ab omnibus coheredibus und ab omnibus gradibus erfolgen müsse (§ 89), aufgehoben hatte [4].

II. Die vorstehenden Reformen Justinians ließen auf dem Gebiet des Präteritionssystems das bisherige Recht der weiblichen liberi unverändert stehen. Für sie galt auch jetzt noch der Satz: der Testator braucht sie nur inter ceteros zu exherediren, und ihre Präterition bewirkt nicht die Ungültigkeit des Testaments, sondern hat nur die Folge, daß sie instituirten extraneis in dimidiam partem, den instituirten suis in partem virilem accresciren (§ 89. 90 a. E.) Für diese Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts war der ursprüngliche Grund längst weggefallen [5]. Die

[1] c. 30 pr. cit. . . si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit.

[2] c. 15 C. de testam. (6. 23). Vgl. § 74 S. 481 Note 2. 3.

[3] c. 3 C. de lib. praet v. exher. (6. 28). Vgl. § 83 S. 547. Note 3. 4.

[4] c. 1 C. eod.

[5] Justinian sagt in der zu Gunsten der weiblichen liberi erlassenen c. 4 pr. C. de lib. praet. vel exh. (6. 28) . . . Qui enim tales differentiae

Beseitigung derselben war deßhalb umsomehr geboten, als sich die weiblichen liberi in einer nachtheiligeren Lage befanden, wenn der Testator das bestehende Recht verletzte, als wenn er es beobachtet hatte. Waren sie, wie das Gesetz es forderte, exheredirt, so konnten sie ex causa inofficiosi testamenti entweder mit der Querel ihren vollen gesetzlichen Erbtheil oder doch mit der actio suppletoria die Ergänzung ihres Pflichttheils beanspruchen; waren sie aber präterirt, so erwarben sie das ihnen Gebührende vermöge des Accrescenzrechts, es stand ihnen weder die Querel noch die actio suppletoria zu. Während sie also dort mindestens den vierten Theil ihrer Intestatportion frei von allen Lasten erhielten, konnte sich hier ihr Antheil am Nachlaß viel niedriger stellen, da ihnen, wo die Testamentserben extranei waren, nur die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils accrescirte und sie mit drei Vierteln derselben noch für die Vermächtnisse haften mußten[1].

Um dieses Mißverhältniß zu beseitigen, stellte Justinian die weiblichen liberi den männlichen in jeder Beziehung gleich. Auch jene sollen jetzt im Testament irgendwie bedacht oder nominatim exheredirt werden müssen, und ihre Präterition soll nicht mehr das Accrescenzrecht zur Folge haben, sondern gleichfalls bei der filia sua die Nichtigkeit des Testaments, bei den übrigen weiblichen liberi die b. p. contra tabulas auf ihre Intestatportion nach sich ziehen[2].

III. Nach dem bisherigen Recht beschränkte sich der Betrag des Pflichttheils in Berücksichtigung der dem Testator aus der lex Falcidia zustehenden Befugniß auf den vierten Theil der dem Pflichttheilsberechtigten zukommenden Intestatportion[3]. Bei zahlreichen Intestaterben mußte er sich daher mit einem geringen Antheil am Nachlaß zufrieden geben. Damit war dem officium pietatis nicht Genüge geschehen. Dies forderte eine Erhöhung des

---

inducunt, quasi naturae accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut, unde generentur, non fiant.

[1] c. 4 cit. pr. C. eod.

[2] c. 4 cit. § 1. 2 C. eod.

[3] Vgl. § 91 S. 601 Note 2.

Pflichttheils. Dem Testator mußte sein Recht aus der lex Falcidia entzogen und der Betrag des Pflichttheils nach der verschiedenen Zahl der Intestaterben verschieden bestimmt werden. Justinian setzte deßhalb die Größe des Pflichttheils auf ein Drittheil bzw. auf die Hälfte der Intestatportion fest[1], je nachdem der Nachlaß bei der gesetzlichen Erbfolge höchstens in vier oder in mehr als vier Theile aus einander gehen würde. Dabei verblieb dem Testator immer noch die freie Verfügung über einen beträchtlichen Theil seines Vermögens, so daß er neben den Pflichttheilsberechtigten noch andere Personen, gegen welche er diese moralische Verpflichtung hatte, in angemessener Weise bedenken konnte.

II. Umgestaltung des Notherbenrechts durch die Novelle 115*.

§ 94.

Der Rechtszustand, welcher durch die einzelnen im vorigen Paragraphen erörterten Reformen hergestellt war, litt noch an sehr erheblichen Mängeln. Diese veranlaßten Beschwerden, welche Justinian zu einer Revision des ganzen Notherbenrechts bestimmten, um durch Neugestaltung desselben in der Novelle 115 c 3—5 Abhülfe zu schaffen[2]. Das bisherige Pflichttheilsrecht der Geschwister ließ dieses Gesetz unberührt. Die Neuerungen desselben beschränken sich auf die pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten und beziehen sich auf die Art und Weise, wie diese zu bedenken oder auszuschließen sind, auf die Ausschließungsgründe und auf die Wirkungen der vorschriftswidrigen Ausschließung. Die Erwägungen, auf welchen sie beruhen, und die Ziele, auf welche sie gerichtet sind, lassen sich nur durch eine Vergleichung des bisherigen Rechts mit den einzelnen Vorschriften der Novelle feststellen.

I. Nach dem Recht vor der Novelle 115 hatte kein Pflichttheilsberechtigter einen Anspruch auf Erbeinsetzung. Das geltende

---

[1] Nov. 18 praef. c. 1. 2.

* Vgl. mein System S. 149 ff.

[2] Nov. 115 c. 5 pr. i. f.

Präteritionsrecht enthielt nach der Reform von Justinian[1] nur die Bestimmung: der Testator soll seine liberi irgendwie bedenken oder nominatim exheredіren. Das Recht auf Erbeinsetzung war ihnen entzogen, weil die Auffassung, auf welcher das alte Präteritionssystem beruhte, mit der Vermögensfähigkeit der Hauskinder[2] ihre Grundlage verloren hatte. Es setzte zu seiner Begründung ein Vermögen voraus, welches den sui des Erblassers als ein durch und für sie mit erworbenes im sittlichen Sinn schon bei Lebzeiten desselben gehörte, und an dem sie deßhalb einen Anspruch hatten, der sich nach seinem Tode entweder im Wege der Erbfolge fortsetzen oder ihnen durch ihre Exheredation entzogen werden mußte (§ 89). Nach der Aufhebung der Einheit des Vater- und Kindesguts durch die Vermögensfähigkeit der Hauskinder konnte im Justinianischen Recht von einer Fortbildung des alten Präteritionssystems nicht mehr die Rede sein, sondern nur von der Aufhebung desselben. Das Vermögen des Patersfamilias wurde gegenwärtig ebensowenig von seinen sui miterworben wie von seinen sonstigen Descendenten. Wenn es auch jetzt noch vor Allem die sui waren, welche mit von demselben lebten, und sich dadurch das Vermögen ihres Vaters immer noch als ein zugleich für sie bestimmtes darstellte, so ließ es sich aus diesem Grunde wohl rechtfertigen, den ipso iure erfolgenden Eintritt ihrer Erbfolge auch fernerhin fortbestehen zu lassen, aber die Auffassung derselben als eine bloße continuatio dominii, wie sie dem Präteritionssystem zu Grunde lag, war unmöglich geworden. Deßhalb nahm Justinian bei der Einführung der s. g. actio suppletoria (§ 93 sub I) in seiner Fürsorge für die Aufrechthaltung des Testaments keinen Anstand, das bisherige Recht der liberi auf Erbeinsetzung dahin abzuändern, daß sie nur irgendwie bedacht oder enterbt werden müßten. Er erwog aber dabei nicht, daß damit die liberi dieselbe Stellung zum Vermögen ihres Vaters erhielten wie dessen anderweitige Descendenten, die nur dem Inofficiositätssystem unterworfen waren; deßhalb ließ er für sie noch die übrigen Vorschriften des Präteritionssystems stehen und hielt so inconsequenter Weise noch an der Ungleichheit

[1] Vgl. § 93 S. 606 sub 2.

[2] c. 6 pr. § 1 C. de bonis quae lib. (6. 61).

zwischen sui, emancipati und sonstigen Descendenten fest. Ebenso wenig zog er in Erwägung, ob den liberi nicht das ihnen aus dem Gesichtspunkt des Präteritionssystems nicht mehr zukommende Recht auf Erbeinsetzung doch aus dem Gesichtspunkt des Inofficiositätssystems wieder einzuräumen sei, und ob das officium pietatis nicht neben ihnen noch anderen Pflichttheilsberechtigten den Anspruch auf Erbeinsetzung geben müsse, wenn für sie Kränkungen durch grundlose Präterition oder Exheredation ausgeschlossen werden sollten. Es bedurfte aber nur noch eines äußeren Anstoßes, um Justinian zu überzeugen, daß die Gesetzgebung das Präteritionssystem ganz aufzuheben, sämmtliche Descendenten einander gleichzustellen und ihre unverdiente Ausschließung von der Erbfolge als eine Verletzung des officium pietatis zu verbieten habe. Diesen Anstoß gaben Testamente, in welchen der Erblasser seine Kinder ihrer ausdrücklich anerkannten Dankbarkeit ungeachtet nicht als Erben eingesetzt hatte[1]. Eine solche nach dem gegenwärtigen Notherbenrecht gestattete Ausschließung von der Erbfolge wurde im Volksgefühl als eine Ehrenkränkung (iniuria) empfunden, gegen welche die Kinder Schutz beanspruchen durften. Justinian gewährte denselben durch eine weitere Entwickelung des Inofficiositätssystems, indem er in der Novelle 115 den Begriff der Inofficiosität auf die letztwillige Disposition übertrug, durch welche der Erblasser seine Descendenten im Testament zu bedenken habe. Deßhalb stellte er an die Spitze derselben folgende Verordnung:

Es soll dem Vater oder der Mutter oder einem andern Ascendenten (parentibus) nicht erlaubt sein, ihre Descendenten (liberi) im Testament durch Präterition oder Exheredation von der Erbeinsetzung auszuschließen, selbst dann nicht, wenn ihnen auf andere Weise der Pflichttheil zugewandt ist, sie müßten denn die Ausschließung verdient haben, und der Grund der Ausschließung im Testament ausdrücklich erwähnt sein[2].

---

[1] Nov. 115 c. 5 pr. verb. „quam (legem) ex hac occassione promulgandum — nullo modo permisimus obtinere".

[2] Nov. 115 c. 3 pr. Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium

Die gleiche Vorschrift gab er für die Testamente der Descendenten ihren Ascendenten gegenüber[1].

Als Zweck dieser beiden Vorschriften bezeichnet Justinian den Schutz der Kinder und der Eltern gegen die iniuria praeteritionis et exheredationis[2]. Den Geschwistern des Testators gab er diesen Schutz nicht. Da sie nur ein bedingtes Pflichttheilsrecht haben[3], muß es genügend erscheinen, wenn ihnen, wo diese Bedingung eintritt, durch irgendwelche Verfügung der Pflichttheil zugewandt ist; ihnen giebt das officium pietatis keinen Anspruch auf Erbeinsetzung[4]. Bei Descendenten und Ascendenten fordert dagegen die Liebespflicht mehr als die bloße Zuwendung des Pflichttheils. Wenn der Testator ihnen nicht die Ehre der Erbeinsetzung erweist, so entzieht er ihnen die Stelle im Testament, die ihnen nach ihrem Familienverhältniß zukommt und die ihnen deßhalb trotz anderweitiger Hinterlassung des Pflichttheils ohne Kränkung nicht entzogen werden kann: considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerunt et eadem a suis parentibus speraverunt, et similiter qui nunc filii sunt debent studere

---

quemcumque modum iis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratidudinis causas parentes suo inseruerint testamento.

[1] Nov. 115 c. 4 pr. Iustum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadum cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. Die Worte cum aliqua distinctione beziehen sich auf die Verschiedenheit der Enterbungsgründe für Ascendenten und für Descendenten, vgl. Nov. 115 c. 4 § 1 sqq. Ueber die licentia testandi der Hauskinder vgl. § 67 S. 429 sub 2. a. Wendt, Pand. § 358 S. 823 glaubt den Ascendenten das Recht auf Erbeinsetzung absprechen zu müssen, weil in cap. 4 cit. der in cap. 3 enthaltene Satz: nec si per quamlibet donationem — debitam portionem nicht wiederholt sei.

[2] Nov. 115 c. 5 pr. verb. „Sola enim est nostrae serenitatis intentio a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre."

[3] Vgl. § 91 S. 601 Note 1.

[4] Vgl. Einleitung S. 6. 7.

parentum animos sanare, quia et ipsi parentes fieri desiderant et a suis filiis optant honorari[1].

Bei diesem den Descendenten und Ascendenten eingeräumten Vorzuge konnte Justinian nicht stehen bleiben; das officium pietatis stellte für sie noch andere Anforderungen, denen er in der Nov. 115 gerecht zu werden suchte.

II. Nach dem bisherigen Inofficiositätssystem (§ 91) gab es keine bestimmten Gründe, aus welchen die Pflichttheilsberechtigten wegen Unwürdigkeit (ingratitudo) von der Erbschaft ausgeschlossen werden durften. Ob ein solcher Grund existire, oder ob die vom Testator oder von den Testamentserben vorgebrachten Beschuldigungen als unerheblich zu erachten seien, darüber entschied bei jeder Beschwerde über ein inofficiöses Testament richterliches Ermessen[2]. Bei den Geschwistern des Testators war dies angemessen. Für sie ist die Ausschließung vom Nachlaß an sich keine Kränkung. Sie wird dies erst, wenn ihnen eine turpis persona im Testament vorgezogen ist, während sie kein Makel trifft. Sind sie selbst nicht besser als der instituirte Erbe, so läßt sich auch für sie kein Anspruch auf den Pflichttheil begründen. Ihre Ausschließung muß daher durch jede turpitudo gerechtfertigt erscheinen, sie darf nicht von einzelnen bestimmten Gründen abhängig sein. Ein anderes Verhältniß tritt bei den Descendenten und Ascendenten ein. Es giebt nur wenige Gründe, welche die Liebespflicht der Eltern gegen die Kinder und der Kinder gegen die Eltern aufheben können. Wenn demungeachtet auch bei ihnen der Richter nach seinem Arbitrium entscheidet, ob für ihre Ausschließung von der Erbschaft eine iusta causa vorliegt, so verbindet sich damit die Gefahr, daß bald ungenügende Gründe für genügend erachtet, bald genügende als ungenügend verworfen werden, weil das auf dem Totaleindruck beruhende Gerechtigkeitsgefühl des Richters im concreten Fall leicht unbewußt durch unberechtigte Einflüsse bestimmt werden kann. Deßhalb führte Justinian für die Descendenten und Ascendenten gesetzliche Enterbungsgründe ein und legte zugleich dem Testator unter dem Präjudiz der Inofficiosität des Testaments die Ver-

[1] Nov. 115 c. 5 pr.

[2] Vgl. § 91 S. 602 Note 7.

pflichtung auf, ihre Präterition oder Exheredation durch die Angabe eines Enterbungsgrundes zu motiviren[1]. Da diese Zurücksetzung der Rechtfertigung bedarf, so muß sich der Testator zu dieser auch in seinem Gewissen aufgefordert fühlen. Giebt er dennoch keinen Grund dafür an, so ist anzunehmen, daß er keinen anzugeben vermochte, seine Disposition also aus Lieblosigkeit hervorgegangen ist.

III. Nach dem Recht vor der Novelle 115 lag ein testamentum inofficiosum, aus welchem die Pflichttheilsberechtigten die querela auf Rescission des Testaments bis zum Betrage ihrer Intestatportion hatten, immer vor, wenn ihnen vom Testator der Pflichttheil ohne gerechtfertigten Grund *gar nicht* hinterlassen war, mochte er sie präterirt oder ausdrücklich ausgeschlossen, den Ausschließungsgrund angegeben haben oder nicht. Um mit der Querel zu siegen, mußten sie durch den Nachweis ihres guten Betragens gegen den Testator beweisen, daß die Entziehung des Pflichttheils eine unverdiente sei, sofern nicht der verklagte Testamentserbe bereit war, einen Rechtfertigungsgrund nachzuweisen, den der Richter als solchen anerkannte. Das siegreiche Urtheil rescindirte für den Kläger das Testament bis zum Betrage seiner Intestatportion: bei theilweiser Rescission blieben die übrigen Verfügungen des Testaments gültig, bei gänzlicher Rescission ging das Testament mit seinem ganzen Inhalt unter. Bei bloß unvollständiger Hinterlassung des Pflichttheils kam in Betracht, ob der Testator, um dieselbe zu rechtfertigen, dem Notherben den Vorwurf der ingratitudo gemacht hatte oder nicht. Im ersten Falle hatte er die Querel auf seine Intestatportion, mußte also, um zu siegen, sein gutes Betragen gegen den Testator beweisen, im zweiten Fall hatte er nur die actio suppletoria auf Ergänzung des Pflichttheils, der verklagte Erbe durfte aber auch keinen Streit über die ingratitudo des Klägers erheben,

[1] Nov. 115 c. 3 pr. verb. Sed quia causas — decernimus. § 1 sqq. § 14 i. f. verb. Si igitur omnes memoratas ingratitudinis causas — patiantur. c. 4 pr. § 1 sqq. § 9 verb. Si tales igitur causas — contra praedictas personas statuendae sunt.

weil der Erblasser demselben diesen Vorwurf nicht gemacht hatte. (§ 93 S. 606 Note 1.)

Diesen Vorschriften ließ Justinian in der Novelle 115 für die pflichttheilsberechtigten Geschwister unveränderte Geltung. Bei ihnen erscheint es gerechtfertigt, daß sie mit der Querel nur siegen, wenn sie neben der turpitudo des Beklagten ihre eigene Integrität beweisen, und daß bei gänzlicher Rescission des Testaments mit den Erbeinsetzungen auch der übrige Inhalt desselben fällt: denn aus der unwürdigen Wahl der Erben ergiebt sich, daß den Erblasser bei der Errichtung des Testaments überhaupt keine ehrenhafte Gesinnung leitete.

In beiden Beziehungen — in Beziehung auf die Beweislast des Klägers und auf die Wirkungen der Querel — fordert aber das Verhältniß der Descendenten und Ascendenten abweichende Vorschriften. Für sie wird nach dem Recht der Novelle 115 das Testament ein inofficiöses wegen der iniuria praetertionis vel exheredationis, wenn für die Ausschließung von der Erbeinsetzung kein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben ist, mag ihnen auch anderweitig der Pflichttheil hinterlassen, und mögen auch die instituirten Erben personae honestae sein. Diese iniuria begründet für sie die Klage auf Rescission des Testaments bis zum Betrage ihrer Intestatportion[1], während sie im Fall der Erbeinsetzung wegen bloß unvollständiger Hinterlassung des Pflichttheils stets nur die actio suppletoria auf Ergänzung desselben haben[2]. Daß diese Rescissionsklage die querela inofficiosi testamenti ist, ergiebt sich nicht bloß daraus, daß das Recht der Novelle 115 seine Quelle in dem officium pietatis hat, sondern auch aus dem

[1] Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. . . Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire. — Ebenso c. 4 § 9. . . Si autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento iis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus.

[2] Nov. 115 c. 5 pr. verb. Ceterum si qui heredes fuerint nominati — ab heredibus impleri.

in der Novelle enthaltenen Hinweis, daß die Klage zu einem verschiedenen Ergebniß führen kann, je nachdem sie von Kindern oder Eltern angestellt wird. Klagen alle pflichttheilsberechtigten Kinder, so gelangen sie allein ab intestato zu gleichen Theilen zur Erbschaft, die Testamentserben werden gänzlich verdrängt; klagen die Eltern, neben denen als Intestaterben noch vollbürtige Geschwister oder Geschwisterkinder berufen sein können, so ist aus diesem Grunde möglich, daß keine reine Intestaterbfolge, sondern bloß theilweise Rescission der Erbeinsetzungen eintritt[1]. Es müssen also auch im Uebrigen auf die Klage der Descendenten und Ascendenten die Grundsätze der Querel zur Anwendung kommen, soweit sie nicht von Justinian außer Anwendung gesetzt sind. Das ist nur in folgenden beiden obenerwähnten Beziehungen geschehen.

1. Den Descendenten und Ascendenten soll nicht, wie den Geschwistern, der Beweis der eigenen Würdigkeit und damit der Beweis der Unwahrheit des angeführten Enterbungsgrundes auferlegt werden, sondern der verklagte Testamentserbe soll die Wahrheit desselben beweisen müssen[2]. Ihn dazu in den Stand zu setzen, ist eine sittliche Pflicht des Testators, um keinen Zweifel über die Gerechtigkeit seiner Handlungsweise übrig zu lassen. Wäre es Sache des Notherben, sich von der Anklage des Testators zu reinigen, so hätte dieser immer noch eine inofficiöse Enterbung durchsetzen können, weil sich die Anklage in der Weise erdichten

---

[1] Von den liberi heißt es Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. . . . testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire, von den Ascendenten c. 4 § 9 . . . rescisso testemento iis, qui ab intestato ad hereditatem vocantur, res eius dari disponimus.

[2] Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. . . . Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari. Dasselbe bestimmt für die Testamente der liberi c. 4 § 9.

läßt, daß die Notherben sie nicht zu entkräften vermögen[1]. Deßhalb muß sich der Testamentserbe auch der actio suppletoria eines Descendenten oder Ascendenten nur entziehen können, wenn er, wo für die Verkürzung des Pflichttheils ein Enterbungsgrund vom Testator angegeben ist, diesen zu beweisen vermag.

2. Die Querel der Descendenten und Ascendenten soll immer nur die Rescission der Erbeinsetzungen mit der Folge bewirken, daß sie wie Intestaterben zur Erbschaft gelangen, aber nie mit der Folge, daß mit den Erbeinsetzungen auch der übrige Inhalt des Testaments fällt. Die im Testament angeordneten Vermächtnisse bleiben auch den Notherben gegenüber gültig, soweit sie den Pflichttheil nicht verletzen, ebenso Freilassungen, Vormundsernennungen und alle anderweitigen Anordnungen[2]. Da bei Descendenten und Ascendenten die Inofficiosität des Testaments nicht, wie bei den Geschwistern, durch an sich schon verwerfliche Erbeinsetzungen bedingt ist, sondern der Vorwurf, der den Testator trifft, sich auf die dem Notherben zugefügte Kränkung beschränken kann, so fordert sowohl die Rücksicht auf den Erblasser wie auf die von ihm bedachten Personen, das Testament soweit aufrecht zu erhalten, als dies neben der dem Notherben zu gewährenden Genugthuung möglich ist. Bei der gegenwärtigen Größe des Pflichttheils wird ihm diese immer noch in vollem Maß zu Theil, wenn er durch die Querel zur Intestaterbfolge berufen wird und aus dem Nachlaß mindestens seine portio legitima erhält.

Mit diesen beiden Bestimmungen schließt die Neugestaltung des Inofficiositätssystems durch die Novelle 115 für die Descendenten und Ascendenten ab.

---

[1] Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. . . ne liberi falsis accusationibus condemnentur.

[2] Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. . . Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. c. 4 § 9.

§ 95.

Der dargelegte Inhalt der Novelle 115 ist nicht unbestritten. Seit der Zeit der Glossatoren bis auf den heutigen Tag sind zwei Controversen Gegenstand eingehender Erörterungen gewesen. Die eine bezieht sich auf die Natur der Ungültigkeit der im Testament enthaltenen Erbeinsetzungen, wenn der Testator seine Descendenten oder Ascendenten nicht in der vorgeschriebenen Weise von der Erbfolge ausgeschlossen hat, die andere betrifft das Verhältniß der Novelle 115 zu dem bis dahin geltenden Präteritionssystem[1].

Ueber die erste Streitfrage haben sich drei Hauptansichten gebildet, die als Systeme bezeichnet werden: das Nullitätssystem, das gemischte System und das Inofficiositätssystem.

1. Das Nullitätssystem nimmt an: wegen Verletzung der Vorschriften der Novelle 115 tritt Nichtigkeit aller im Testament enthaltenen Erbeinsetzungen und folgeweise reine Intestaterbfolge ein. Neben dem nicht gehörig ausgeschlossenen Notherben werden alle übrigen Intestaterben zur Successsion berufen, auch die vorschriftsmäßig ausgeschlossenen Notherben und auch die Intestaterben, die kein Notherbenrecht haben. Diesen wie dem ausgeschlossenen Notherben steht die gewöhnliche hereditatio petitio ab intestato mit einer Verjährungsfrist von 30 Jahren zu. Weil diese Klage sich hier auf die Nichtigkeit der testamentarischen Erbeinsetzungen stützt, hat man sie h. p. ab intestato ex causa nullitatis oder Nullitätsquerel genannt. Unter den Anhängern des Nullitätssystems bestehen aber wieder wesentliche Meinungsverschiedenheiten:

a) Einige behaupten absolute Nichtigkeit der Erbeinsetzungen. Die Erbeinsetzungen sollen von Anfang an nichtig sein und nichtig bleiben, so daß reine Intestaterbfolge stattfindet, wenn auch beim Tode des Erblassers der nicht gehörig ausgeschlossene Notherbe

[1] Vgl. Glück's Comment. Bd. 7 S. 335 ff. Mühlenbruch ebenda Bd. 37 S. 245 ff., S. 295 ff. Francke, Das Recht des Notherben und Pflichttheilsberechtigten S. 354 ff., S. 366 ff. Arndts, Ges. civil. Schrift. Bd. 2 S. 586 ff., S. 599 ff. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 591.

nicht mehr lebt. Diese Ansicht nennt man das System der reinen, oder der ursprünglichen, oder der absoluten Nullität[1].

b) Andere erklären sich für eine bloß relative oder respective Nichtigkeit der Erbeinsetzungen. Die Erbeinsetzungen sollen nicht von Anfang an nichtig sein, sondern nur nichtig werden, wenn zur Todeszeit des Erblassers nicht gehörig ausgeschlossene Notherben vorhanden sind; nur unter dieser Voraussetzung soll die reine Intestaterbfolge eintreten[2].

c) Wieder andere Juristen machen die Nichtigkeit der Erbeinsetzungen und den Eintritt der reinen Intestaterbfolge von der Erklärung des überlebenden Notherben abhängig, daß er von seinem Notherbenrecht Gebrauch machen wolle[3].

Alle diese Nullitätssysteme, nach welchen den Descendenten und Ascendenten die querela inofficiosi testamenti wegen Verletzung ihres Rechts auf Erbeinsetzung überhaupt nicht zusteht, entsprechen dem Inhalt der Novelle 115 nicht. Sie stützen sich vorzugsweise darauf, daß die Novelle eine Form vorschreibe und die Verletzung von Formvorschriften Nichtigkeit nach sich ziehe. Dabei ist übersehen, daß die Novelle keine Form für die Willenserklärung des Testators angeordnet hat, mit deren Verletzung sich die Nichtigkeit derselben verbinden müßte, sondern eine durch das officium pietatis gebotene Form, welche den Inhalt der Willenserklärung bestimmt, zu welcher der Testator Descendenten und

---

[1] Vertreter dieser Ansicht sind unter den neueren Juristen namentlich Sintenis, gem. Civilr. Bd. 3 § 198 und v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 485.

[2] So Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 245 ff., S. 236 ff. Wächter, Pand. Bd. 2 S. 845 sub cc.

[3] Francke a. a. O. S. 386. Arndts a. a. O. S. 596. Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 252, Bd. 44 Nr. 262, Bd. 48 Nr. 273 (1893). Eine Entscheidung des Reichsgerichts (1883) in Seuffert's Arch. Bd. 39 Nr. 320 erklärt sich für das Nullitätssystem, aber ohne auszusprechen, ob ursprüngliche oder nachfolgende Nullität anzunehmen sei. Ebenso die bei Seuffert verzeichneten Entscheidungen verschiedener Obergerichte in Bd. 5 Nr. 205, Bd. 8 Nr. 70, Bd. 10 Nr. 274, Bd. 19 Nr. 247, Bd. 28 Nr. 43, Bd. 33 Nr. 240.

Ascendenten gegenüber verpflichtet sein soll: Erbeinsetzung oder Ausschließung von derselben durch Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes. In Folge dieser irrigen Grundlage der Nullitätssysteme haben die Vertreter derselben auch die Worte der Novelle nicht genügend beachtet. Die Novelle sagt ausdrücklich: nur den vorschriftswidrig ausgeschlossenen Notherben sollen die Erbeinsetzungen im Testament nicht zum Nachtheil gereichen (nullum praeiudicium generari), ihnen soll deßhalb wegen der iniuria praeteritionis v. exheredationis ihre Intestatportion rescisso testamento deferirt werden[1]. Daß hier die Rescission nicht wie bei der Verletzung der Liebespflicht gegen die Geschwister durch die siegreiche Anstellung der querela inofficiosi testamenti bedingt sei, sondern als ursprüngliche oder nachfolgende Nichtigkeit durch das Gesetz eintreten solle, davon enthält die Novelle 115 kein Wort.

2. Das gemischte System nimmt Nichtigkeit der Erbeinsetzungen an, wenn im Testament kein Enterbungsgrund angeführt ist, weil dann die Form verletzt sei, dagegen Inofficiosität mit der Querel auf Rescission, wenn der Enterbungsgrund angeführt, aber die Wahrheit desselben nicht bewiesen ist, weil dann die Form gewahrt sei[2].

Diese Unterscheidung kennt die Novelle 115 nicht. Sie knüpft an die Verletzung der von ihr aufgestellten Vorschriften dieselben rechtlichen Folgen, gleichviel gegen welche Vorschrift gefehlt ist.

3. Das Inofficiositätssystem erklärt sich für die bloße Anfechtbarkeit der Erbeinsetzungen nach den Grundsätzen der querela inofficiosi testamenti, gleichviel welche Vorschriften der Novelle 115 verletzt sind[3]. Nur diese Klage kann der verletzte Noth-

[1] Vgl. § 94 S. 614 Note 1.

[2] So z. B. Puchta, Pand. u. Vorl. § 493, aber mit der näheren Bestimmung, daß Nichtigkeit der Erbeinsetzungen und die Intestaterbfolge nur zu Gunsten der verletzten Notherben und auch für sie nur dann eintrete, wenn sie erklären, von ihrem Notherbenrecht Gebrauch machen zu wollen.

[3] Es wird unter den neueren Juristen vertreten von Glück, Commentar Bd. 7 S. 335 ff., Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 378 S. 107 ff., Windscheid, Pand. Bd. 3 § 591, Dernburg, Pand. Bd. 3 § 154, Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 85, Bd. 14 Nr. 244.

erbe anstellen und nur von ihm kann sie angestellt werden. Sie steht nicht neben ihm auch andern Intestaterben zu, denen durch die Erbeinsetzungen im Testament kein Unrecht zugefügt ist, weil sie gehörig ausgeschlossene Notherben oder Intestaterben ohne Notherbenrecht sind. Sie ist eine subsidiäre Klage, welche durch andere ebenso wirksame Rechtsmittel ausgeschlossen wird, sie verjährt bereits in fünf Jahren, und der mit ihr abgewiesene Kläger verliert das ihm im Testament Hinterlassene[1].

Nach der obigen Ausführung steht nur das Inofficiositätssystem mit dem Inhalt der Novelle 115 in Einklang.

Ueber die zweite Streitfrage, in welchem Verhältniß die Novelle 115 zu dem alten Präteritionssystem für die liberi stehe, sind zwei Hauptansichten aufgestellt, die man auch als Systeme bezeichnet hat: das Corrections- oder Additional- oder Enterbungssystem und das Derogations- oder Reform- oder Ausschließungssystem.

Nach dem Correctionssystem soll das frühere formelle Notherbenrecht der sui und emancipati durch die Novelle 115 seine Geltung nicht verloren haben. Einige Juristen nehmen an, es gelte neben der Novelle in vollem Umfange[2], sowohl hinsichtlich der Formvorschriften über die Art und Weise wie sui und emancipati einzusetzen bezw. zu enterben seien, wie hinsichtlich der Wirkungen, welche die Verletzung dieser Vorschriften nach sich ziehe[3]. Andere Juristen beschränken die Geltung des alten Rechts auf die Formvorschriften für die Erbeinsetzung und Enterbung; die Verletzung dieser Vorschriften soll nicht mehr die Rechtsmittel des alten Rechts, sondern stets die Klage aus der Novelle 115 begründen[4]. Einzelne Juristen behaupten, die Formvorschriften des alten Rechts seien nach der Novelle 115 nicht bloß auf liberi, sondern auf alle Descendenten und Ascendenten zur Anwendung zu bringen, aber

---

[1] Vgl. § 91 a. E.

[2] Der angesehenste Vertreter dieser Ansicht ist v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 486. Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 263.

[3] S. § 89 u. 90.

[4] Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 192 ff., S. 298 ff.

wo gegen diese Vorschriften gefehlt sei, müsse ausschließlich die Klage aus der Novelle Platz greifen[1].

Das Derogationssystem nimmt die gänzliche Aufhebung des alten Präteritionssystems durch die Novelle 115 an, sowohl der Rechtsmittel, wie aller Formvorschriften, so daß der suus oder emancipatus nicht mehr nominatim, ab omnibus gradibus u. s. w. zu enterben ist, sondern es genügt, wenn die Vorschriften der Novelle 115 beobachtet sind[2]. Dies System entspricht allein dem Entwickelungsgang des Notherbenrechts, wie er oben dargelegt ist, und dem Inhalt der Novelle 115. Sie giebt ihre Vorschriften wie für alle Ascendenten, so auch für alle Descendenten ohne Unterschied, und sie sagt mit Rücksicht auf die alte bonorum possessio contra tabulas (§ 90), durch welche auch die Vermächtnisse und Freilassungen aufgehoben wurden[3]: si quid autem pro legatis sive fideicommissis aut libertatibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere; et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt[4]. Demgemäß beseitigte sie den bisherigen Dualismus des civilen und prätorischen Rechts und stellte unter Abstreifung aller Formalitäten, die ihres Inhalts beraubt waren, das einheitliche Notherbenrecht her, welches heute als gemeines Recht in Deutschland Geltung hat.

---

[1] Heumann, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. Bd. 17 S. 246 ff., vgl. Puchta, Pand. 493 zu Note c.

[2] Dies ist die heute herrschende Ansicht, vgl. Francke a. a. O. S. 357 ff., S. 397 ff., Arndts a. a. O. S. 596 ff., Wächter a. a. O. S. 843 ff., Sintenis a. a. O. § 196 Anm. 1, Brinz a. a. O. § 378 S. 104 ff., Windscheid, Pand. Bd. 3 § 592 Dernburg, Pand. Bd. 3 § 145 a. E.

[3] Vgl. § 90 S. 507.

[4] Nov. 115 c. 4 § 9 i. f.

III. Das Notherbenrecht des gemeinen Rechts*.

A. Das Recht der Descendenten und Ascendenten.

§ 96.

Wer ein Testament für sich[1] errichtet, er sei männlichen oder weiblichen Geschlechts[2], sui oder alieni iuris[3], begründet dadurch für seine Descendenten (liberi) und für seine Ascendenten (parentes), die ihn beerbt haben würden, wenn er ohne Testament gestorben wäre, ein doppeltes Recht: das Recht auf die Ehre der Erbeinsetzung nach der Novelle 115 und das Recht auf Hinterlassung des Pflichttheils nach dem schon vor dieser Novelle geltenden Inofficiositätssystem. Beide Rechte bilden den Inhalt ihres Notherbenrechts. Dieses Notherbenrecht kann ihnen vom Erblasser nach der Novelle 115 nur entzogen werden aus einem gesetzlichen s. g. Enterbungsgrunde, der im Testament anzuführen und vom Testamentserben zu beweisen ist. Ihre Erbeinsetzung und eventuell die Zuwendung zur Ergänzung des Pflichttheils müssen so beschaffen sein, daß sie beim Tode des Erblassers, aus jener sofort als Erben, aus dieser sofort zum Pflichttheil berufen werden. Soweit Nebenbestimmungen des Erblassers einen Aufschub der Berufung oder eine Belastung des Pflichttheils bewirken würden, gelten sie pro non scriptis. Ebenso muß ihre Ausschließung von der Erbfolge und vom Pflichttheil aus einem gesetzlichen Enterbungsgrunde, mag sie durch Präterition d. i. durch Nichtbedenken oder durch Exheredation d. i. durch ausdrückliche Erklärung geschehen, von solcher Beschaffenheit sein, daß sie sofort beim Tode des Erblassers in Wirksamkeit tritt: denn Kraft ihres Notherbenrechts können sie verlangen, daß ihnen zu dieser Zeit gewährt ist, was ihnen ge-

---

* Vgl. Arndts, Gesammelte civil. Schriften Bd. 2 S. 602 ff., Heumann in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. 17 S. 161 ff. und die bei § 88 citirte Literatur.

[1] Ueber das Pupillar- und Quasipupillartestament vgl. § 81 S. 527 sub IV, § 82 S. 544 sub IV.

[2] l. 4. 5 pr. D. de inoff. test. (5. 2).

[3] Vgl. § 88 S. 587 Note 2 und über das Soldatentestament Note 4.

bührt. Sind sie zu dieser Zeit in ungültiger Weise von der Erbfolge durch Präterition oder Exheredation ausgeschlossen, so wird das Testament durch die ihnen zugefügte iniuria praeteritionis vel exheredationis, auch wenn ihnen anderweitig der Pflichttheil zugewandt ist, ein testamentum inofficiosum, aus welchem sie die querela inofficiosi testamenti haben auf Rescission der Erbeinsetzungen bis zum Betrage ihrer Intestatportion, während im Uebrigen das Testament gültig bleibt. Sind sie dagegen als Erben instituirt und bloß im Pflichttheil verkürzt, so haben sie nur die s. g. actio suppletoria auf Ergänzung des Pflichttheils[1].

Die Feststellung des vollen Inhalts dieser Vorschriften fordert die nähere Bestimmung der berechtigten Personen (§ 97), der beiden Rechte, aus welchen ihr Notherbenrecht besteht (§ 98), der Form, in welcher, und der Gründe, aus welchen sie von denselben ausgeschlossen werden dürfen (§ 99. 100), der Verletzung und des Schutzes des Notherbenrechts (§ 101 ff.).

1. Die berechtigten Personen.

§ 97.

Die Personen, welche das Notherbenrecht auf die Ehre der Erbeinsetzung und auf den Pflichttheil haben, sind die Descendenten und die Ascendenten jeden Grades, aber nur unter zwei Voraussetzungen: unter der Voraussetzung, daß sie als liberi oder parentes im Kindes- bzw. im Elternverhältniß zum Erblasser oder zur Erblasserin stehen, und unter der Voraussetzung, daß sie im Fall der Intestaterbfolge zu dieser berufen worden wären. Daraus ergiebt sich:

1. Unter den Descendenten haben: a) uneheliche Kinder nur Notherbenrecht gegen die Mutter und deren Ascendenten[2], nicht gegen den Vater und die väterlichen Ascendenten, weil sie diesen gegenüber juristisch als liberi sine patre nicht im Kindes-

[1] Vgl. die Citate aus der Novelle 115 in den Noten zu § 94 S. 610 ff. Der Erbvertrag ist wegen Präterition eines Notherben nicht anfechtbar, Seuffert, Arch. Bd. 40 Nr. 30 (R. G.).

[2] l. 29 § 1 D. de inoff. test. (5. 2). § 2 I. h. t. (2. 18).

verhältniß stehen und nicht inteſtaterbberechtigt ſind[1]; b) plene adoptati und arrogati[2] haben kein Notherbenrecht gegen den den leiblichen Vater, ſondern nur gegen den Adoptivvater, weil ſie nur zu dieſem im Kindesverhältniß ſtehen, ſo lange das Adoptionsverhältniß nicht durch Emancipation aufgelöſt und dadurch das Kindesverhältniß zum leiblichen Vater wieder hergeſtellt iſt[3]; c) minus plene adoptati haben kein Notherbenrecht gegen den Adoptirenden, ſondern nur gegen die leiblichen Eltern, weil ſie zu jenem nur in einem ſingulären Kindesverhältniß mit beſchränkten erbrechtlichen Wirkungen ſtehen[4]; d) die von einer Frau Adoptirten haben kein Notherbenrecht gegen die leibliche Mutter, ſondern nur gegen die Adoptivmutter, weil ſie nur zu dieſer im Kindesverhältniß ſtehen, ſo lange das Adoptionsverhältniß beſteht[5]: derſelbe Grund, der für plene adoptati die Concurrenz zweier Väter ausſchließt, ſchließt hier die Concurrenz zweier Mütter aus.

2. Unter den Aſcendenten haben kein Notherbenrecht: der Vater gegen ſeine unehelichen Kinder, der leibliche Vater gegen ſeine Kinder, die plene adoptirt oder arrogirt ſind, ſolange deſſen Stelle der Adoptivvater einnimmt[6], der Adoptirende gegen den

---

[1] Vgl. § 61 S. 394 ff.

[2] Ueber den arrogatur impubes vgl. unten § 104.

[3] Vgl. die Ausführung über die c. 10 C. de adoptionibus (8. 48) in § 60 S. 387 Note 4. Der Umſtand, daß der plene adoptatus durch die Novelle 118 gegen den leiblichen Vater als cognatiſcher Deſcendent Inteſtaterbrecht in der erſten Claſſe erhielt, hat die Beſtimmung der c. 10 cit., nach welcher ihm kein Notherbenrecht gegen den leiblichen Vater zuſteht, nicht aufgehoben, weil durch dieſes Inteſtaterbrecht kein Kindesverhältniß zum leiblichen Vater hergeſtellt iſt. A. M. Windſcheid a. a. O. § 579 Note 7 und Schröder a. a. O. S. 231 ff. Die herrſchende Anſicht iſt die hier vertretene. Sie ſpricht conſequenter Weiſe auch dem leiblichen Vater das Notherbenrecht gegen den plene adoptatus ab; vgl. auch Schmöle, Notherbenrecht des Adoptirten gegen ſeinen leiblichen Vater. Leipziger Inaugural-Diſſertation 1888.

[4] Vgl. § 60 S. 393 sub II.

[5] Vgl. § 60 S. 394 sub III.

[6] Die l. 30 pr. D. de inoff. test. (5. 2) iſt durch die c. 10 cit. pr. i. f. aufgehoben: et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non

minus plene adoptatus[1], und die leibliche Mutter gegen ihre von einer Frau adoptirten Kinder, so lange an ihre Stelle die Adoptivmutter getreten ist.

3. Descendenten und Ascendenten, die im Kindes- oder Elternverhältniß zum Erblasser oder zur Erblasserin stehen, haben gleichwohl das Notherbenrecht nur dann, wenn sie im Fall der Intestaterbfolge die nächsten Intestaterben gewesen sein würden. Wer ab intestato nichts erhalten hätte, kann sich nicht beschweren, daß der Testator ihn nicht bedacht hat, weil ihm durch das Testament nichts entzogen ist. Es haben daher Ascendenten kein Notherbenrecht, wenn intestaterbberechtigte Descendenten vorhanden sind, mögen diese auch kein Notherbenrecht haben[2]: auch der minus plene adoptatus schließt die Ascendenten aus. Ebenso wird das Notherbenrecht von Descendenten entfernteren Grades ausgeschlossen durch nähere Descendenten desselben Stammes, und das Notherbenrecht entfernterer Ascendenten durch Ascendenten näheren Grades. Dagegen mehrere Pflichttheilsberechtigte mit gleichem Intestaterbrecht haben auch ein gleiches Notherbenrecht[3]. Die für die Berechtigung maßgebende Zeit ist nicht die Zeit der Testamentserrichtung, sondern die Todeszeit des Erblassers oder der Erblasserin. Sie ist daher abhängig von der conditio iuris, daß die Descendenten oder Ascendenten diese Zeit noch erlebt haben, und für postumi, daß sie zu dieser Zeit schon concipirt waren. Daß der Testator Kenntniß von ihrer Conception hatte, ist nicht erforderlich; er muß bedenken, daß er auch nach seinem Tode noch durch nachgeborene Descendenten Notherben erhalten kann, die er nicht präteriren

---

dereliquit. A. M. Francke a. a. O. S. 187 ff., v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 474 S. 252 sub b, Windscheid a. a. O. § 579 Note 7. Vgl. S. 624 Note 3.

[1] Vgl. 60 S. 393 sub II.

[2] Gegen die abweichende Ansicht Puchta's, Pand. § 488 Note f. und Vorl. ad h. l., nach welcher es nur darauf ankommen soll, daß kein Notherbe vorhanden sei, der ein näheres Intestaterbrecht habe, vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 35 S. 140 ff., Windscheid a. a. O. § 579 Note 8 und die hier Citirten.

[3] So auch vollbürtige Geschwister neben Ascendenten, wenn eine turpis persona im Testament instituirt ist, vgl. v. Bangerow, Pand. § 474 Anm. 2 sub 2 und die hier Citirten.

darf[1], ohne sein Testament zu einem inofficiösen zu machen[2]. Durch eine besondere Vorschrift ist der Fall geregelt, wenn eine Frau im Wochenbett mit Hinterlassung des Kindes gestorben ist: Hier soll ihr Testament wegen Präterition dieses Kindes nur inofficiös werden, wenn darin extranei instituirt sind, sonst soll das Kind einen Kopftheil erhalten, wie wenn sie alle ihre Kinder zu Erben ernannt hätte[3].

Unter diesen notherbberechtigten Personen findet folgende Rangordnung statt:

a) Die erste Stelle haben die nächsten notherbberechtigten Descendenten. Hat der Testator diese als Erben eingesetzt oder machen sie wegen Ausschließung von der Erbfolge mit Erfolg von der querela inofficiosi testamenti Gebrauch, so sind sowohl die anderweitigen Descendenten wie die Ascendenten definitiv von der Notherbfolge ausgeschlossen. Sind dagegen die nächsten Descendenten rechtmäßig ausgeschlossen, so daß ihnen die Querel nicht zusteht, dann haben jetzt diejenigen Descendenten das Notherbenrecht, welche nach der Intestaterbfolgerung an zweiter Stelle berufen sein würden.

b) Existiren solche Descendenten nicht, so sind die nächsten Noth erben die intestaterbberechtigten Ascendenten, also unter dem Vorzuge des näheren Grades vor dem entfernteren. Hat der Testator sie rechtmäßig von der Erbfolge ausgeschlossen, so steht den Ascendenten des folgenden Grades das Notherbenrecht zu.

Der Testator muß also, um kein inofficiöses Testament zu machen, wenn er die nächsten Notherben rechtmäßig übergeht, die nachfolgenden zur Erbfolge berufen, weil er jetzt mit diesen am nächsten verbunden ist[4].

---

[1] Ueber die Erbeinsetzung von rondum concepti vgl. § 3 S. 67.

[2] l. 6 pr. D. de inoff. test. (5. 2).

[3] c. 3 C. h. t. (3. 28).

[4] arg. l. 14 D h. t. (5. 2). Francke, Notherbenrecht S. 280 ff. v. Bangerow a. a. O. § 480 Anm. 2. Ueber die l. 31 pr. D. eod., die von der Succession in die einem Notherben deferirte Querel spricht, s. unten § 101 Note 20.

2. Das Recht auf Erbeinsetzung und Pflichttheil.

§ 98.

Von den beiden Rechten, welche das Notherbenrecht der Descendenten und Ascendenten begreift, schließt das eine das andere in sich und das eine ist durch das andere bedingt. Wenn das Recht auf Erbeinsetzung und die ihm entsprechende Pflicht des Testators nicht begründet ist, ist auch das Recht auf den Pflichttheil mit der ihm entsprechenden Pflicht nicht begründet und umgekehrt.

I. Das Recht auf Erbeinsetzung legt dem Testator die Pflicht auf, seine notherbberechtigten Descendenten und Ascendenten nicht durch die iniuria praeteritionis vel exheredationis zu kränken[1], sondern dadurch zu ehren, daß er sie zu Erben ernennt[2], sofern sie sich dessen nicht aus einem gesetzlichen Enterbungsgrunde unwürdig gemacht haben[3]. Zur Erfüllung dieser Pflicht gehört eine directe Erbeinsetzung, die als solche Geltung hat, und eine zur

---

[1] Nov. 115 c. 3 pr., c. 4 pr., c. 5 pr. verb. Sola enim — exheredationis auferre. Vgl. § 94 S. 610 Note 2, S. 611 Note 1. 2.

[2] Nov. 115 c. 5 pr. verb. considerare namque debent — optant honorari. Vgl. § 94 S. 611. Auch nach unserem Rechtsgefühl ist es ein Gebot der Familienliebe, daß der Testator seine nächsten Angehörigen zu seinen Erben ernennt. Wenn er ihnen blos den Pflichttheil zuweist, so wird das, sofern die Ausschließung von der Erbfolge nicht bona mente geschieht (S. 649), auch nach den im deutschen Volke lebenden sittlichen Anschauungen als eine Kränkung betrachtet. Das römische Recht ist in dieser Beziehung auch bei uns national und entspricht dem Grundsatz, nach welchem die sittliche Gestaltung des Gemeinlebens die Aufgabe des objectiven Rechts ist. A. M. Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie (4. Aufl.) S. 519, Dernburg, Pand. Bd. 3 § 152, Hofmann, Krit. Studien im röm. R. S. 208; sie nehmen an, die römische Vorschrift habe heute keine Geltung mehr, weil nach dem heutigen Rechtsbewußtsein das Notherbenrecht nur eine Vermögensangelegenheit (Recht auf den Pflichttheil) sei, von der es den Ehrenpunkt vollständig trenne. Vgl. dagegen Windscheid, Pand. § 588 Note 1 und Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 62 (O. Trib. Berlin 1869).

[3] Nov. 115 c. 3 pr. verb. nisi forsan probabuntur — inserueriant testamento. Vgl. § 94 S. 610 Note 2 a. E.

Todeszeit des Testators unbedingte Erbeinsetzung ist. Es genügt daher jede Zuwendung, aus welcher sich der Wille des Testators ergiebt, daß der Honorirte unmittelbar in das universum ius defuncti succediren soll[1], unter dieser Voraussetzung auch die Einsetzung ex certa re[2], und es genügt die Erbeinsetzung auf die kleinste Quote; eine Verkürzung im Pflichttheil begründet nur einen Anspruch auf Ergänzung[3]. Aber es genügt nicht eine Zuwendung durch Universal- oder Singularvermächtniß[4], es genügt nicht eine inhaltlose Erbeinsetzung, durch welche dem Notherben nur der Name des Erben gegeben, aber nichts vom Nachlaß zugewandt ist[5], weil eine solche Erbeinsetzung keine Geltung hat[6], und es genügt nicht eine bedingte Erbeinsetzung, also auch nicht die Ernennung des Notherben zum Vulgarsubstituten. Die Novelle 115 befreit den Testator von der Pflicht, seine Notherben zu instituiren, nur unter der conditio iuris, daß er ihre Präterition oder Exheredation durch einen gesetzlichen Ausschließungsgrund rechtfertigen kann. Folgeweise gestattet sie dem Testator nicht, die Erbein-

[1] Vgl. § 74 S. 480 ff.

[2] Nov. 115 c. 5 pr. verb. Ceterum — solvi praecipimus. Ueber die Erbeinsetzung ex certa re vgl. § 77 S. 492 ff. S. 497 Note 1. Seuffert. Arch. Bd. 8 Nr. 277.

[3] Nov. 115 c. 5 pr. verb. quidquid autem — ab heredibus impleri (S. 614 zu Note 2).

[4] Nov. 115 c. 3 pr. verb. nec si per quamlibet donationem — debitam portionem. (S. 610 Note 2.) Seuffert, Arch. a. a. O.

[5] Wie z. B. wenn der Testator nach vollständiger Vertheilung der Erbschaft die Erbeinsetzung des Notherben „auf das Uebrige" anordnet, oder eine Erbeinsetzung, die Vermögensobjecte zum Gegenstande hat, welche ihm schon gehören. Aber die Erbeinsetzung auf Vermögensobjecte, die sich der Notherbe in den Pflichttheil einrechnen muß, ist, weil diese zur Todeszeit des Testators als noch zur Erbschaft gehörig anzusehen sind, nach den Grundsätzen der heredis institutio ex certa re gültig, Francke a. a. O. S. 395. 396, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 321 ff., v. Bangerow a. a. O. Bd. 2 § 486 sub II. 1. Seuffert, Bd. 11 Nr. 66, Bd. 19 Nr. 173. Abweichend: Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 253, Bd. 39 Nr. 27 u. Mühlenbruch a. a. O. S. 320, wo die Erbeinsetzung auf Nichts als gültig angesehen wird, u. Arndts, Civil. Schriften Bd. 2 S. 622, der die Erbeinsetzung auf Vermögensobjecte, die in den Pflichttheil einzurechnen sind, für ungültig hält.

[6] l. 17 § 3 D. de H. I. (28. 5).

ſetzung der Notherben von Bedingungen abhängig zu machen, ſonſt könnte er ihr Recht auf Erbeinſetzung ganz vereiteln. Aber die Novelle ſteht auf dem Boden des Inofficioſitätsſyſtems, das Präteritionsſyſtem hat ſie ganz aufgehoben[1]. Deßhalb gelten nach ihr bedingte Erbeinſetzungen als unbedingte, wenn ſich die Bedingung ſchon zur Todeszeit des Erblaſſers erfüllt hat, und auf zu dieſer Zeit noch nicht erfüllte Bedingungen, auch auf Vulgarſubſtitutionen, kommen nicht die Vorſchriften des Präteritionsſyſtems zur Anwendung[2], ſondern des Inofficioſitätsſyſtems, nach welchen die Beſchränkungen, mit denen der Pflichttheil zugewandt iſt, pro non scriptis zu halten ſind[3]. Es iſt alſo jede der Erbeinſetzung des Notherben hinzugefügte Bedingung zu ſtreichen[4] und ſeine Vulgarſubſtitution als eine Erbeinſetzung erſten Grades zu behandeln[5]. Auch alle Poteſtativbedingungen müſſen geſtrichen

[1] Vgl. § 94 S. 608 sub I.

[2] Vgl. über d. frühere Recht § 89 S. 594 Note 1 u. § 90 S. 597 Note 1 a. E.

[3] c. 32 C. de inoff. test. (3. 28), vgl. § 91 S. 601 Note 4 und unten S. 633 sub 2, Seuffert, Arch. Bd. 43 Nr. 35 (R. G.).

[4] In dem Streit darüber ſind folgende Anſichten aufgeſtellt: 1) die Bedingung iſt in jedem Fall zu ſtreichen, gleichviel von welcher Beſchaffenheit ſie iſt, Heumann a. a. O. S. 232 ff., 2) die Bedingung gilt nur für nicht hinzugefügt, wenn ſie eine conditio casualis oder mixta iſt; jede Poteſtativbedingung kann gültig angeordnet werden, v. Bangerow a. a. O. § 484 suh I, 3) die Bedingung, die ſich beim Tode des Teſtators noch nicht erfüllt hat, macht, wenn ſie keine poteſtative iſt, das Teſtament ungültig, wie wenn der Notherbe nicht eingeſetzt wäre, Francke a. a. O. S. 385 ff., 4) die Bedingung, gleichviel von welcher Beſchaffenheit, gilt nur inſoweit nicht beigefügt, als ſie den durch die Erbeinſetzung zugewandten Pflichttheil beeinträchtigt, ſofern dies nicht der Fall, kann die c. 32 C. de inoff. test. (3. 28) keine Anwendung finden, alſo die bedingte Erbeinſetzung nicht umgewandelt werden in eine unbedingte, wie ſie die Novelle 115 vorausſetzt, Arndts, Civil. Schrift. Bd. 2 S. 622 ff. Vgl. über dieſe Frage auch Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 218 ff., v. Scheurl, Beiträge z. röm. R. II. 2 S. 211 ff., Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 3 S. 561 ff.

[5] Windſcheid, Pand. § 588 Note 7 nimmt an, daß der ſubſtituirte Notherbe durch die Einſetzung des Inſtituirten präterirt und daher dieſe ungültig ſei; er beruft ſich dafür auf l. 14 § 1 D. de lib. (28. 2); dieſe Stelle gehört aber dem durch die Novelle 115 aufgehobenen Präteritionsſyſtem an. Windſcheid's Anſicht theilt Arndts, Civil. Schrift. Bd. 2 S. 624 sub 20.

werden mit Ausschluß der Bedingung si volet[1], weil die Vorschrift des Inofficiositätssystems alle Bedingungen umfaßt[2].

II. Das Recht auf den Pflichttheil begründet für den Testator die Pflicht, seinen notherbberechtigten Descendenten und Ascendenten aus seinem activen Vermögen nach Abzug der Schulden den Werth eines bestimmten Theils zu gewähren[3].

1. Die Größe dieses Pflichttheils (portio legitima oder debita) bestimmt sich nach der Größe der Intestatportion. Auf Grund der Nov. 18[4] besteht der Pflichttheil, wenn die Intestatportion eines Notherben $^1/_4$ der Erbschaft oder mehr betragen würde, in einem Drittel dieser Portion, wenn dagegen seine Intestatportion nur $^1/_5$ der Erbschaft oder noch weniger betragen würde, in der Hälfte dieser Portion[5]. Dies gilt nicht bloß für

---

[1] Sie kann ihm nicht nachtheilig werden, vgl. § 4 S. 77 Note 1. S. 84, § 31. Windscheid a. a. O. Note 6. Auch die Vorschrift des alten Rechts, nach welcher der unter einer unerlaubten Potestativbedingung Instituirte als präterirt galt (§ 89 S. 594 Note 2) hat ihre Geltung verloren.

[2] c. 32 C. de inoff. testam. (3. 28) . . . moram vel quodcumque onus introducens tollatur. Seuffert, Arch. Bd. 43 Nr. 37 (R. G.)

[3] Der Pflichttheil besteht also nicht in einer Quote von der Erbschaft, die sich auf alle activen Bestandtheile der Erbschaft erstreckt, sondern nur in einer Quote von dem Betrage der Erbschaft, die nicht blos durch Erbeinsetzung, sondern auch in bestimmten Sachen zugewandt werden kann, vgl. c. 32 pr. C. de inoff. testam. (3. 28). Nov. 115 c. 5 pr.

[4] Nov. 18 praef. c. 1. 2. Ueber das Recht vor der Nov. 18 vgl. § 91 S. 601 Note 2 und § 93 S. 607 sub III.

[5] Es ist behauptet worden, die Nov. 18 c. 1 habe das alte Princip, nach welchem der Pflichttheil eine portio portionis ab intestato ist, dahin abgeändert: der Pflichttheil solle collectiv, nicht distributiv berechnet werden, d. h. so, daß alle Pflichttheilsberechtigten zusammen $^1/_2$ resp. $^1/_3$ des gesammten Nachlasses zu erhalten hätten und diese Quote dann zu gleichen Theilen auf die einzelnen Berechtigten zu ertheilen wäre, vgl. Glück, Commentar Bd. 7 S. 43 ff. In der That hat Justinian nur eine Erhöhung des Pflichttheils, keine anderweitige Veränderung des bisherigen Rechts beabsichtigt. Seine collective Berechnung in der Nov. 18 cit. erklärt sich daraus, daß bei dem Pflichttheil von Kindern ersten Grades, die er zunächst im Auge hat, diese Berechnung zu demselben Resultat führt wie die distributive. Es ergiebt sich dies aus Nov. 18 c. 2 und wird bestätigt durch die spätere Nov. 22 c. 48 pr. i. f. Ueberdies könnte die collective Berechnung das absurde Er-

die notherbberechtigten Kinder[1], sondern auch für die Enkel[2] und für die Ascendenten[3]. Die Grundlage für die Berechnung des Pflichttheils bildet der Betrag des Vermögens zur Todeszeit des

gebniß haben, daß der Pflichttheil größer wäre, als die Intestatportion, vgl. das Beispiel in Wächter's Pand. Bd. 2 § 325 Anm. 6. Die heutigen Juristen erklären sich denn auch übereinstimmend für die Distributivberechnung, vgl. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 475 Anm. 1 sub 2, Windscheid, Pand. § 580 Note 3 und die bei ihnen Citirten.

[1] Die Nov. 18 c. 1. 2 spricht zunächst nur von Kindern, aber der Schlußsatz in c. 1 erstreckt die Vorschrift auf alle Pflichttheilsberechtigten: hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Die von manchen älteren Juristen und auch von Marezoll, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. Bd. 1 S. 257 ff., Bd. 5 S. 179 ff. vertretene Ansicht, dieser Schlußsatz sei nur auf die übrigen Descendenten zu beziehen, hat keine weiteren Anhänger gefunden, vgl. v. Bangerow a. a. O. Anm. 1 sub 1, Windscheid a. a. O. Note 2 und die hier Citirten.

[2] Ihre Intestatportion bestimmt sich nach der Zahl der Stämme, aber ihr Pflichttheil bestimmt sich weder nach der Zahl der Stämme, noch nach der Zahl der Enkel, sondern nach der obigen Regel: wessen Intestatportion $^1/_4$ der Erbschaft oder mehr beträgt, dessen Pflichttheil beträgt $^1/_3$, und wessen Intestatportion nur $^1/_5$ oder noch weniger beträgt, dessen Pflichttheil beträgt $^1/_3$ dieser Portion. Das ist die heute in der Theorie und Praxis herrschende Ansicht; sie entspricht dem in der Novelle 18 enthaltenen Gedanken: wenn die Intestatportion groß ist, soll der Pflichttheil in einer kleineren Quote, wenn sie klein ist, soll er in einer größeren Quote der Intestatportion bestehen. Hinterläßt also z. B. Jemand von einem verstorbenen Sohn einen Enkel und von einem anderen verstorbenen Sohn vier Enkel, so beträgt die Intestatportion des ersten $^1/_3$ der Erbschaft, deshalb sein Pflichttheil $^1/_3$ von dieser Portion, für jeden der übrigen vier Enkel beträgt die Intestatportion $^1/_8$ der Erbschaft, daher der Pflichttheil $^1/_3$ von dieser Portion. Vgl. v. Bangerow a. a. O. sub 4. Windscheid a. a. O. Note 4 und die bei ihnen Citirten. Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 133, Bd. 19 Nr. 249 a. E. Die Berechnung des Pflichttheils der Enkel ist eine viel erörterte Controverse, vgl. über abweichende Ansichten Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 272 ff., Francke a. a. O. S. 221 sub 6, Arndts a. a. O. S. 607 sub 8, v. Bangerow a. a. O.

[3] Nov. 89 c. 12 § 3 verb. Si vero — constituimus. Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 143. Im Fall der Linealtheilung bestimmt sich also Intestatportion und Pflichttheil nach demselben Princip, wie bei den Enkeln, Arndts a. a. O. S. 609. Selbstverständlich gilt die Regel über die Größe des Pflichttheils nach dem Schlußsatze der Nov. 18 c. 1 auch für das unten (§ 103) zu erörternde bedingte Notherbenrecht der Geschwister.

Testators[1]. Er ist festzustellen durch Aestimation der erbschaftlichen Activa nach dem verum rei pretium und Abzug der erbschaftlichen Passiva[2]. Zu den Passiva zählen auch die Beerdigungskosten, und bei den Activa sind auch zu veranschlagen die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse, die Schenkungen auf den Todesfall und an den Ehegatten, sowie alles, was ein Anderer erst durch den Tod des Erblassers aus dessen Vermögen erwirbt[3]. Durch eine spätere Vermehrung (Früchte, Alluvion) oder Verminderung des zur Todeszeit vorhandenen Vermögens wird der Betrag des Pflichttheils nicht erhöht oder vermindert[4]. Nach dem Werth des Vermögens zur Todeszeit des Erblassers bestimmt sich also wie der Werth der Intestatportion, die dem Notherben zugekommen wäre, folgeweise der Werth seines Pflichttheils, und der ästimirte Werth des Zugewandten zur Todeszeit des Erblassers ist maßgebend für die Frage, ob es den Pflichttheil deckt[5]. Bei der

---

[1] c. 6 C. de inoff. test. (3. 28), vgl. l. 3 § 20 D. de bonis libert. (38. 2).

[2] l. 8 § 9 D. h. t. (5. 2). Die Berechnung des Vermögens erfolgt nach denselben Grundsätzen, nach welchen die Größe des Vermögens bei der Quarta Falcidia berechnet wird, l. 1 § 19, l. 2 D. ad leg. Falc. (35. 2), § 2 I. h. t. (2. 22), vgl. Francke a. a. O. S. 226 ff., Windscheid § 581 a. a. O. Note 12.

[3] c. 5. 12 C. ad leg. Falc. (6. 50). Der Notherbe kann zur Feststellung des Vermögensbetrages von den Testamentserben Aufnahme eines Inventars und Ableistung des Manifestationseides fordern, Nov. 48 c. 1. Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 97, Bd. 40 Nr. 123.

[4] arg. l. 44 § 2 D. de bon. lib. (38. 2).

[5] Der Aestimation des Zugewandten und des Nachlasses bedarf es aber natürlich nur, wenn der Notherbe nicht auf seinen ganzen Pflichtheil zum Erben ernannt oder ex certa re instituirt ist, und nun gestritten wird, ob er seinen vollen Pflichttheil erhalten habe. Ist ihm dagegen der ganze Pflichttheil durch Erbeinsetzung zugewandt, sei es daß er ausdrücklich auf $^1/_2$ resp. $^1/_3$ des Intestaterbtheils, oder schlechthin auf den Pflichttheil, oder unter Beschränkung seiner Erbportion auf den Pflichttheil instituirt wurde, so ist jene Aestimation nicht nöthig: denn hier steht fest, daß er mit dem erforderlichen Theil des zur Todeszeit vorhandenen Vermögens bedacht worden ist. Deshalb kann in diesem Fall auf spätere Vermögensverminderungen oder Vermögensvermehrungen, obwohl sie ihn, da er Erbe ist, zu seiner Quote mittreffen, nicht die Behauptung gestützt werden, daß er weniger bezw. mehr als

Bestimmung der Intestatportion sind alle Personen zu zählen, welche als Intestaterben des Testators im Moment seines Todes berufen worden wären, auch diejenigen, die kein Notherbenrecht, aber ein gleiches Intestaterbrecht haben[1], und die gültig Exheredirten: exheredatus partem facit[2]. Aber nicht mitzuzählen sind die arme Wittwe, weil sie kein Intestaterbrecht[3], sondern nur ein gesetzliches Vermächtnißrecht hat[4], und derjenige, der schon bei Lebzeiten des Erblassers auf sein eventuelles Erbrecht gültig verzichtet hat[5], weil ihm nach deutschrechtlichen Principien[6] die Erbschaft nicht deferirt werden kann[7].

2. Die Zuwendung des Pflichttheils kann vom Erblasser nur aus seinem eigenen Vermögen (ex ipsa substantia defuncti)[8] gemacht werden, mortis causa oder inter vivos[9], und nur sine gravamine.

---

den Pflichttheil erhalten habe, und auf sein Verhältniß zu den Miterben können nur die Grundsätze der actio familiae erciscundae Anwendung finden, l. 44 § 2 D. de bon. libert. (38. 2), Francke a. a. O. S. 226 ff., Arndts a. a. O. S. 610 sub 10, Seuffert, Arch. Bd. 40 Nr. 124. Unverständlich Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 277 ff., vgl. gegen ihn Arndts a. a. O. S. 611 Note 225, Windscheid a. a. O. § 581 Note 11.

[1] Z. B. der minus plene adoptatus neben andern Kindern, die Geschwister neben den Eltern, und der, dem die Erbschaft wegen Indignität (§ 18. 19) entrissen wurde, Arndts a. a. O. S. 606 sub 6. 7.

[2] l. 8 § 8 D. de inoff. testam. (5. 2). Der Exheredirte ist mitzuzählen, es mag dadurch eine Minderung oder Vergrößerung des Pflichttheiles herbeigeführt werden; daher die Regel: exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam. Francke a. a. O. S. 212 sub 1.

[3] Die herrschende Ansicht nimmt für die arme Wittwe ein Intestaterbrecht an und zählt sie deshalb mit, vgl. Francke a. a. O. S. 218 sub 5, Arndts a. a. O. Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 42 Nr. 47.

[4] Vgl. oben § 62 S. 398 Note 2 und unten § 105.

[5] Heute wohl unbestritten; über die früheren Meinungsverschiedenheiten vgl. Francke a. a. O. S. 216 sub 4, Mühlenbruch a. a. O. S. 265 sub B.

[6] Nach röm. Recht war der Erbverzicht nichtig, § 3 S. 61 Note 1.

[7] Vgl. v. Gerber, Deutsch. Privatr. § 264 Note 2.

[8] c. 36 pr. i. f. C. de inoff. test. (3. 28).

[9] § 6 I. h. t. (2. 18).

a) Mortis causa kann die Zuwendung geschehen durch Erbeinsetzung, durch Vermächtnisse und auch durch mortis causa donatio, entweder ganz durch Erbeinsetzung, oder zum Theil durch diese, zum Theil durch die beiden andern Verfügungen[1]. Alles was der Notherbe auf diese Weise rechtsgültig[2] aus dem Vermögen des Erblassers und durch dessen Zuwendung erworben hat, muß er sich auf den Pflichttheil einrechnen lassen, wenn es auch in den betreffenden Verfügungen nicht ausgesprochen ist. Aber es kann ihm nicht eingerechnet werden, was er zwar durch Zuwendung, aber nicht aus dem Vermögen des Erblassers erhält, wie der Erwerb aus dem Pupillar- und Quasipupillartestament[3] und der Erwerb dessen, was ihm ein Anderer conditionis implendae causa gegeben hat[4], sofern es nicht aus dem Vermögen des Erblassers gegeben wird[5]. Ebenso kann ihm nicht eingerechnet werden, was er zwar aus dem Vermögen, aber nicht durch Zuwendung des Erblassers erhält[6]. Dazu gehört das, was er zufällig als Erbe eines vom Testator Bedachten erwirbt[7], ferner das einem Andern

---

[1] § 6 I. cit., c. 33 pr. C. h. t. (3. 28), l. 8 § 6 D. h. t. (5. 2).

[2] Für das, was ihm evincirt ist, kann er Ersatz fordern, z. B. wenn Gegenstand des Vermächtnisses oder der m. c. donatio eine fremde Sache ist. c. 36 pr. C. h. t. (3. 28).

[3] Vgl. § 81. 82.

[4] Vgl. l. 36 pr. D. de m. c. donat. (39. 6).

[5] l. 3 § 19 D. de bon. libert. (38. 2) ... si tamen de bonis sit liberti profectum. Auf diese Stelle läßt sich also nicht die Ansicht stützen, daß das conditionis implendae causa datum eingerechnet werden müsse, licet non ex bonis mortui proficiscitur; ebensowenig auf l. 8 § 10 D. de inoff. test. (5. 2), welche die von der Einrechnung ganz verschiedene Frage erörtert, ob der Notherbe durch Annahme des angebotenen conditionis implendae causa datum auf die ihm zustehende Querel verzichte, weil die Annahme eine Anerkennung des Testaments enthalte. Windscheid a. a. O. § 581 Note 7 u. A. erklären sich auf Grund dieser Stellen schlechthin für die Einrechnung, die herrschende Meinung mit Recht dagegen, v. Vangerow a. a. O. § 470 a. E.

[6] Ueber das anomale Pflichttheilsrecht des arrogatus impubes auf die s. g. Quarta divi Pii s. unten § 104.

[7] Francke a. a. O. S. 233. Arndts a. a. O. S. 610. Windscheid a. a. O. Note 7. Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 252.

Zugewandte, wenn es ihm nicht von diesem als Vermächtniß ꝛc. sofort restituirt werden soll, sondern erst nach einem Aufschube und in Folge zufälliger Umstände[1] durch Substitution oder Accrescenz zu dem ihm ursprünglich zu gewährenden Erbtheil oder Vermächtniß hinzukommt[2]; und dazu gehört nach den Vorschriften des canonischen Rechts auch der Abzug der Falcidischen Quart durch den Testamentserben[3].

---

[1] c. 36 § 1 C. h. t. (3. 28) . . . Saucimus itaque quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari non exspectata nec morte heredis, nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.

[2] c. 36 cit. pr . . . repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex iure accrescendi, utputa ususfructus: humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi iure adventicio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae fieri. Die Worte ex ipsa substantia patris können nur verstanden von Zuwendungen an den filius aus dem Vermögen des Vaters, und die Worte ex aliis causis filius lucratus est nur von Erwerbungen des filius aus dem väterlichen Vermögen, die nicht in Zuwendungen an ihn ihren Grund haben, sondern in Zuwendungen an andere Personen, so daß der filius aus denselben nur iure adventicio d. i. nur zufällig ein lucrum haben kann. Nur die Zuwendungen an den filius ex ipsa substantia patris sollen ihm in dem Pflichttheil eingerechnet werden, weil nur sie ihm sofort geleistet werden müssen, vgl. die vorige Note, und über das Accrescenzrecht beim Vermächtniß eines ususfructus D. 7. 2 de usufructu accrescendo. Mit der hier gegebenen Erklärung der obigen Stelle stimmt im Resultat die herrschende Meinung überein, Francke a. a. O. S. 231 ff., Mühlenbruch a. a. O. S. 294 ff., Arndts a. a. O. S. 612, v. Bangerow a. a. O. § 476 Anm. 2. Abweichende Interpretationen finden sich bei Windscheid a. a. O. § 581 Note 7 und Dernburg, Pand. Bd. 3 § 151 Note 1: jener will das Wort substitutio auf den Erwerb aus dem Pupillar- und Quasipupillartestament bezogen wissen und das ius accrescendi auf einen dem Eigenthum anwachsenden Nießbrauch und die dem Grundstück anwachsende Alluvion; dieser bezieht das ius accrescendi auf einen Zuwachs des Nießbrauchs, und das Wort substitutio auf ein dem Erblasser gehörendes Familienfideicommiß, in welchem ihm seine Familienglieder substituirt sind, und das er auf Grund des ihm zustehenden Wahlrechts einem seiner Kinder auf dessen Pflichttheil zuweisen will; vgl. noch Brinz, Pand. (2. Aufl.) Bd. 2 § 405 Note 16.

[3] cap. 16. (Raynutius). cap. 18 (Raynaldus) X de testamentis (3. 26). Diese bei uns recipirten Stellen gestatten Kindern, denen ein Universalver-

b) Inter vivos kann die Zuwendung des Pflichttheils erfolgen durch eine Schenkung unter Lebenden, die der Erblasser mit dieser Bestimmung gegeben hat[1], durch eine dos und durch eine donatio propter nuptias, die der Notherbe vom Erblasser als seinem Ascendenten[2] erhalten hat[3]. Es gilt aber auch hier der Grundsatz: es wird nicht in den Pflichttheil eingerechnet, was der Notherbe nicht aus dem Vermögen des Erblassers, oder zwar aus diesem, aber nicht durch Zuwendung des Erblassers erhalten hat[4]. Andere Zuwendungen als die erwähnten ist der Notherbe

---

mächtniß auferlegt ist, einen doppelten Abzug: vorweg den Abzug des Pflichttheils und von dem Rest der Erbschaft, die den Gegenstand des Universalvermächtnisses bildet, den Abzug der Quarta Trebelliana, cap. 18 cit. . . . quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partem debitam iure naturae, in qua gravari nequivit, nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset. Bestritten ist, ob diese Vorschrift zu beschränken sei auf den Fall, von dem die Stelle handelt, auf Kinder, denen Universalvermächtnisse unter einer Suspensivbedingung oder einem dies a quo auferlegt sind, oder ob sie auf alle Notherben Anwendung finden müsse und auf alle Vermächtnisse, auch auf die unbedingten und unbetagten, Glück a. a. O. Bd. 7 S. 154 ff. Die herrschende Doctrin und Praxis erklärt sich für die allgemeine Anwendung mit Rücksicht auf das in den citirten Worten des cap. 18 ausgesprochene Princip, Windscheid a. a. O. § 652 Note 5 und die hier Citirten. Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 41, Bd. 7 Nr. 207, Bd. 13 Nr. 106, Bd. 25 Nr. 143, vgl. Bd. 3 Nr. 353. 354. Die Frage, ob nach röm. R. der Notherbe nur die Wahl hatte zwischen dem Abzug des Pflichttheils oder der Quart ist in den Quellen nicht direct entschieden, die Entscheidung ergiebt sich aber aus Stellen, die des doppelten Abzugs hätten Erwähnung thun müssen, wenn er als zulässig betrachtet worden wäre, c. 6 pr. C. ad. SC Treb. (6. 49). c. 10 C. ad leg. Falc. (6. 50)

[1] l. 25 pr. D. de inoff. test. (5. 2), c. 35 § 2 C. h. t. (3. 28), § 6 I. h. t. (2. 18).

[2] c. 29 h. t. An die Stelle der donatio propter nuptias ist heute die deutsche Widerlage getreten, vgl. § 42 S. 263 Note 4.

[3] Die Vorschrift in c. 30 § 2 C. h. t., nach welcher auch der Werth der militia d. i. eines käuflichen, dem Notherben vom Erblasser verschafften Amtes, in den Pflichttheil eingerechnet werden soll, kann heute keine Anwendung finden, vgl. § 42 S. 263 Note 5, Mühlenbruch a. a. O. S. 303 ff.

[4] c. 29 i. f. C. h. t. Es ist also z. B. einem Enkel die seiner Mutter gegebene und bei deren Tode auf ihn übergegangene dos profectitia als Noth-

nicht verpflichtet, sich auf den Pflichttheil anrechnen zu lassen[1]. Der Werth der einzurechnenden Zuwendungen bestimmt sich nach der Zeit des Empfanges und muß bei der Aestimation der Erbschaft zur Todeszeit des Erblassers Zwecks Berechnung der Größe des Pflichttheils mit veranschlagt werden, wie wenn er sich noch in der Erbschaft vorfände[2].

c) Sine gravamine ist die Zuwendung des Pflichttheils nur dann erfolgt, wenn dem Notherben das, was er nach den bisherigen Vorschriften aus seinem Recht auf den Pflichttheil zu beanspruchen hat, sofort nach dem Tode des Erblassers[3] frei von allen Beschränkungen und Lasten gewährt worden ist. Jede die Zuwendung an den Notherben beschränkende Bestimmung, welche die Entrichtung des Pflichttheils ins Ungewisse stellt, oder verzögert oder ver-

---

erben seines Großvaters nicht in den Pflichttheil einzurechnen, Mühlenbruch a. a. O. S. 312, Francke a. a. O. S. 242, Arndts a. a. O. S. 613, Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 252, abweichend Bd. 7 Nr. 75.

[1] Manche Juristen behaupten die Einrechnung aller Schenkungen, wenn einem andern Pflichttheilsberechtigten eine dos oder donatio propter nuptias eingerechnet werde, sowie die Einrechnung der deutschen Aussteuer (vgl. v. Gerber, Deutsch. Privatr. § 237) und des s. g. subsidium paternum d. i Alles, was ein Ascendent seinem Descendenten zur Einrichtung einer selbstständigen Wirthschaft gegeben hat, vgl. Glück, Comment. Bd. 7 S. 95. Diese Ansicht beruht auf einer von Justinian ausdrücklich verworfenen Schlußfolgerung aus dem Gegenstand der Collationsverbindlichkeit vgl. § 42 S. 263 Note 5. Gegen dieselbe erklären sich deshalb die herrschende Doctrin und Praxis, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 305 ff., Francke a. a. O. S. 239 ff.. Arndts a. a. O. S. 613, Windscheid a. a. O. Note 6, Seuffert, Arch. Bd. 14 Nr. 151, Bd. 41 Nr. 199. Für die Einrechnung der Aussteuer und Ausstattung Dernburg, Pand. Bd. 3 § 151 Note 5, Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 25 Nr. 249.

[2] Francke a. a. O. S. 238 a. E., Arndts a. a. O. S. 613, Windscheid a. a. O. Note 3, Seuffert, Arch. Bd. 29 Nr. 252 a. E. — Die Vorschrift in c. 33 pr. C. de inoff. test. (3. 28). nach welcher ein Descendent, der einem andern Descendenten etwas als Pflichttheil herauszugeben hat und damit bis zum Urtheil wartet, zur Strafe auf ein Drittel mehr verurtheilt werden soll, ist heute unanwendbar, Seuffert, Arch. Bd. 14 Nr. 245; vgl. Windscheid a. a. O. § 582 Note 7.

[3] Vgl. S. 635 Note 1.

kürzt, ist, so weit sie auf dem Pflichttheil liegt, zu streichen[1]; sie gilt nur, soweit die Zuwendung über den Betrag des Pflichttheils hinausgeht, für den Mehrbetrag[2]. So verhält es sich bei auferlegten Vermächtnissen und mit der Bedingung, mit der Zeitbestimmung, mit der Auflage, welche der Zuwendung hinzugefügt ist, und mit jeder anderen Beschränkung. Ist der Notherbe zum Erben eingesetzt, aber der Nießbrauch der Erbschaft einem Andern vermacht, so erhält er den Pflichttheil frei vom Nießbrauch, dieser beschränkt sich auf die übrigen Erbtheile[3]. Ist einem Erben die künftige Restitution der Erbschaft an den Notherben als Universalvermächtniß auferlegt, so muß ihm der Pflichttheil sofort geleistet werden, nur für den übrigen Theil der Erbschaft tritt die Restitution erst später ein[4]. Ist dem instituirten Notherben das Universalvermächtniß auferlegt, die Erbschaft später an einen Andern zu restituiren, so gilt dasselbe für die Pflichttheilsquote nicht, auch dann nicht, wenn der Betrag des Fruchtgenusses der Erbschaft bis zur Restitution dem Betrage des Pflichttheils und der Früchte desselben gleichkommen würde[5]. Das Universalvermächtniß und die dem Notherben auferlegten Singularvermächtnisse lasten nur auf dem Rest der Erbschaft und unterliegen nach

---

[1] c. 32 C. de inoff. test. (3. 28). . . si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura . . . minuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introduceus tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. Vgl. oben S. 629 zu Note 1.

[2] c. 36 § 1 C. eod. . . . reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. Vgl. S. 635 Note 1.

[3] Nov. 18 c. 3. Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 107.

[4] c. 36 § 1 C. de inoff. test. (3. 28).

[5] Nach l. 8 § 11 D. h. t. (5. 2) war in diesem Fall die Querel ausgeschlossen. Das Recht des Codex hat das Pandektenrecht aufgehoben: c. 36 pr. i. f. C. eod. . . , repletionem autem ex rebus substantiae patris fieri (S. 635 Note 2). Vgl. auch c. 12 C. eod. c. 6. pr. C. ad SC. Treb. (6. 49) und zu diesen Stellen Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 323 ff., Arndts a. a. O. S. 614, Windscheid a. a. O. § 582 Note 2 und dagegen Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 405 Note 38.

Vorschrift des canonischen Rechts dem Abzug der Quarta Trebelliana wie der Falcidia, so daß der Notherbe neben seinem Pflichttheil auch diese Quart verlangen kann[1]. Bei jeder derartigen Belastung des Pflichttheils wird aber die Ungültigkeit derselben natürlich ausgeschlossen, wenn der Notherbe sie freiwillig übernimmt. Um ihn zu dieser Uebernahme zu veranlassen, kann der Testator, der dem Notherben mehr als den Pflichttheil zugewandt hat, durch die s. g. cautela Socini[2] gültig verfügen, daß er den Mehrbetrag nur erhalten soll, wenn er sich das Onus auf das Ganze gefallen lassen will[3].

Liegt zwar eine Zuwendung sine gravamine vor, die aber den Betrag des Pflichttheils nicht deckt, so hat der Notherbe, wenn dies seinen Grund hat in der Eviction einer ihm zugewandten Sache, Anspruch auf Ersatz[4], sonst auf Ergänzung des Pflichttheils[5], auch bei Zuwendungen des Pflichttheils unter Lebenden[6] und auch dann, wenn der Erblasser ohne Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes erklärt hat, daß der Notherbe nicht mehr als das ihm Zugewandte erhalten soll[7].

---

[1] Vgl. S. 635 Note 3.

[2] So genannt nach dem Juristen Marianus Socinus dem Jüngeren aus Siena († 1556), weil er die Zulässigkeit dieser Verfügung in einem Gutachten ausführlich vertheidigte.

[3] Vgl. Koch über die Socinische Cautel (1786), Glück a. a. O. Bd. 7 S. 86 ff., Francke a. a. O. S. 247 ff., Arndts a. a. O. S. 615 ff., Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 206, Bd. 11 Nr. 165, Bd. 19 Nr. 174, Bd. 34 Nr. 314, Bd. 39 Nr. 27, Bd. 49 Nr. 101 (R. G.)

[4] c. 36 pr. C. h. t. (3. 28).

[5] c. 30 pr. C. eod. sive adiiciatur testamento de implenda legitima portcone sive non c. 31. 36 pr. C. eod. § 3 I. h. t. (2. 18).

[6] l. 25 pr. D. h. t. (5. 2), wo die Worte aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur durch Interpolation der Compilatoren auf Grund der von Justinian 528 in der c. 30 cit. eingeführten actio suppletoria in den Text gekommen sind, vgl. oben § 93 S. 604 sub I. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36 S. 4 ff., Windscheid a. a. O. § 582 Note 6, Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 97.

[7] Nov. 115 c. 5 pr. . . . Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem

3. Ausschließung vom Notherbenrecht.

a. Form*.

§ 99.

Der Form für die Ausschließung eines Descendenten oder Ascendenten von der Erbeinsetzung und vom Pflichttheil ist genügt, wenn der Erblasser in einem gültigen Testament[1] wenigstens einen gesetzlichen Ausschließungsgrund so angegeben hat, daß über die Person oder über die Personen, auf welche er sich bezieht, kein Zweifel besteht. Es bedarf weder einer solennen noch ausdrücklichen Erklärung, daß ein bestimmter Notherbe nichts, oder nicht mehr als seine Institutionsportion erhalten soll[2]. Die Exheredationsformalitäten des alten Präteritionssystems sind nicht in das Justinianische Recht übergegangen[3] und die Präterition steht der ausdrücklichen Enterbung wie der ausdrücklichen Verkürzung

---

nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus iis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Diese leges sind die citirten c. 30. 31. 36 C. h. t. In c. 30 cit. heißt es: die Testamentserben können die actio suppletoria des Notherben ausschließen, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit (§ 93 S. 606 Note 1). Nach der Novelle 115 genügt der Vorwurf der ingratitudo Seitens des Erblassers nicht mehr, sondern er muß einen gesetzlichen Enterbungsgrund angeben, Francke a. a. O. S. 340, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36 S. 23 ff.

* Vgl. Francke, Das Recht der Notherben S. 397. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 37 S. 222 ff. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 484 sub III. Arndts, gesammelte Civil. Schriften Bd. 2 S. 624 ff. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 589.

[1] § 2 I. de codic (2. 25). Wie das Testament errichtet ist, ist irrelevant Auch im privilegirten testamentum parentum inter liberos keine Enterbungen angeordnet werden, vgl. § 71 S. 449 Note 2; gegen die abweichende Ansicht älterer Juristen vgl. Francke a. a. O. S. 403.

[2] Es liegt also z. B. eine gültige Ausschließung vor, wenn der Testator gesagt hat: „ich setze meinen Neffen X zum Erben ein, weil er der Einzige meiner Verwandten war, der sich meiner während meiner Geisteskrankheit angenommen hat." Nov. 115 c. 3 § 12. Vgl. die unter sub * citirte Literatur. — Entziehung des Pflichttheils durch Erbvertrag ist unzulässig. Seuffert, Arch. Bd. 45 Nr. 196 (R. G.).

[3] Vgl. § 89 S. 593 ff., § 93 S. 606 sub 2.

des Pflichttheiles gleich. Beide verletzten das Notherbenrecht nur, wenn der Testator sie nicht durch Anführung eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes gerechtfertigt hat; wo diese Rechtfertigung vorliegt, sind beide erlaubt[1].

Ist einem Notherben ein gesetzlicher Ausschließungsgrund vor der Testamentserrichtung vom Testator verziehen, so hängt es, da die Verzeihung kein Rechtsgeschäft ist, an welches sich bestimmte Rechtsfolgen knüpfen, von dem Willen des Testators ab, ob diese Verzeihung dem Ausschließungsgrunde seinen Einfluß auf das Notherbenrecht entziehen sollte[2]. Erfolgte sie erweislich mit dieser Absicht, so ist die später gleichwohl durch diesen Grund gerechtfertigte Enterbung eine iniuria exheredationis, die das Testament zu einem inofficiösen macht[3]. Erfolgte aber die Verzeihung erst nach der Errichtung des Testaments, so kann sie der in demselben erklärten Enterbung ihre Kraft nicht entziehen[4], weil die Aufhebung und Abänderung letztwilliger Dispositionen, welche im Testament gemacht werden müssen, die für den Widerruf eines Testaments[5] vorgeschriebenen Formen voraussetzt[6].

Der im Testament für einen Notherben angeführte gesetzliche Ausschließungsgrund entbindet den Testator von seinen aus dem Notherbenrecht fließenden Pflichten; der Notherbe steht ihm wie jede andere Person gegenüber, die kein Notherbenrecht hat. Deßhalb kann er ihn nicht bloß ganz von der Erbschaft ausschließen, sondern auch an derselben theilnehmen lassen durch jede beliebige Disposition, die für andere Personen Geltung haben würde[7]. Wie er ihn nur mit Vermächtnissen bedenken und diesen

---

[1] Nov. 115 c. 3 pr. u. § 14 i. f.

[2] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 42 Nr. 41 a. E. (R. G.)

[3] v. Vangerow a. a. O. § 484 S. 288 sub 2. Seuffert a a. O.

[4] A. M. Francke a. a. O. S. 414 ff., Windscheid a. a. O. § 590 Note 16; vgl. über die bestrittene Frage Mühlenbruch a. a. O. S. 185 ff.

[5] Vgl. § 85 S. 568 sub 2.

[6] Seuffert a. a. O. und Bd. 35 Nr. 301, Bd. 5 Nr. 34.

[7] v. Vangerow a. a. O. § 484 sub III.

gültig Bedingungen oder Auflagen hinzufügen kann, so kann er ihn auch unter einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung oder unter einer Voraussetzung zum Erben einsetzen mit den gewöhnlichen Wirkungen. Hat er ihn unter einer Bedingung oder Voraussetzung *enterbt*, so ist darin eine Erbeinsetzung für den entgegengesetzten Fall enthalten[1].

---

[1] Hat z. B. der Testator gesagt: „da mein Sohn mich thätlich beleidigt hat, so enterbe ich ihn unter der Bedingung, daß er nicht bis zu seinem 25. Lebensjahre ein bestimmtes Ehrenamt erhalten haben wird", so liegt darin die Erklärung: „ich ernenne meinen Sohn zum Erben unter der Bedingung, daß er dieses Ehrenamt bis zum 25. Lebensjahre erhalten hat" (vgl. *Mühlenbruch* a. a. O. S. 228 ff., a. M. *Arndts* a. a. O. S. 626 ff.). Diese Verfügung könnte er gültig für eine Person treffen, die kein Notherbenrecht hat, deshalb kann er sie auch für einen Notherben treffen, dem er aus dem angeführten gesetzlichen Ausschließungsgrunde das Notherbenrecht entzogen hat. Dieser hat deßhalb beim Tode des Testators, wenn die Bedingung noch nicht entschieden ist, die Rechte eines bedingt instituirten Erben (vgl. § 57) bzw. die Rechte eines Erben, der unter einer Voraussetzung eingesetzt ist, § 73 S. 470 sub 5 § 78 S. 511 sub IV. Hat der Testator seiner Verfügung den gesetzlichen Ausschließungsgrund nicht hinzugefügt, so ist die Bedingung und die Voraussetzung zu streichen, § 98 S. 628 a. E. — Die Ansichten über die Gültigkeit und die Wirkungen einer bedingten Enterbung gehen sehr auseinander; über dieselben sind zu vergleichen *Francke* a. a. O. S. 401 ff., v. *Buchholz* in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. 13 S. 351 ff., *Heumann* ebenda Bd. 17 S. 247 ff., *Mühlenbruch* a. a. O. S. 230 ff., *Arndts* a. a. O. S. 625 ff. Bei der Erörterung dieser Frage wird vielfach übersehen, daß alle Exheredationsvorschriften des alten Präteritionssystems im Justinianischen Recht ihre Geltung ganz verloren haben, insbesondere auch die, nach welcher bei der Anordnung von Substitutionen, die Exheredation ab omnibus gradibus erfolgen mußte (§ 89), die u. A. auch *Windscheid* a. a. O. Note 6 aufrecht erhalten wissen will. Es wird ferner bisweilen übersehen, daß durch einen „bedingungsweise ausgedrückten Enterbungsgrund" keine bedingte Enterbung angeordnet ist, wenn der Testator einen in der *Vergangenheit* liegenden Enterbungsgrund im Auge hat, über dessen Existenz er noch im Zweifel ist, z. B. mein Sohn soll enterbt sein, wenn er mit Giftmischern Gemeinschaft gehabt hat. Das ist eine unbedingte Enterbung, deren Gültigkeit nur voraussetzt, daß die eingesetzten Erben die Wahrheit dieses Factums beweisen können, vgl. *Mühlenbruch* a. a. O. S. 231 ff.

Befürchtet der Testator bei der Errichtung des Testaments, daß demnächst für einen Notherben ein gesetzlicher Ausschließungsgrund eintreten werde, so kann er ihm unter der Bedingung, daß sich diese Befürchtung bewahrheiten sollte, das Notherbenrecht entziehen[1], also ihn einer Person gleichstellen, die kein Notherbenrecht hat. Er kann ihn daher unter dieser Bedingung ganz enterben, oder ihn auch in einer Weise bedenken, die den Anforderungen des Notherbenrechts nicht genügt. Die bedingte Enterbung ist auch hier eine Erbeinsetzung sub conditione contraria, und die bedingte dem Notherbenrecht nicht genügende Honorirung enthält sub conditione contraria die Erbeinsetzung und Zuwendung des Pflichttheils wie das Gesetz sie fordert. Deßhalb ist der Notherbe, wenn sich die Bedingung beim Tode des Testators entschieden hat, zu dieser Zeit entweder gültig ausgeschlossen oder gültig eingesetzt. Hat sie sich aber zu dieser Zeit nicht entschieden, so kann sie sich mit der beabsichtigten Wirkung nicht mehr erfüllen. Beim Tode des Testators erfolgt die Berufung des Notherben nach Rechtsvorschrift, wenn zu dieser Zeit der gesetzliche Ausschließungsgrund nicht existirt. Tritt er später ein, so kann er die Berufung nicht mehr ausschließen, weil sie bereits erfolgt ist. Eine Enterbung unter der Bedingung des künftigen Eintretens eines Ausschließungsgrundes ist daher nur gültig, wenn derselbe vor dem Tode des Testators zur Existenz gekommen ist[2]; andern Falls gilt die Zuwendung sub conditione contraria.

Ist ein Notherbe im Testament zugleich instituirt und exheredirt, so kommen die in § 83 dargelegten Grundsätze zur Anwendung.

---

[1] Manche Juristen machen, gestützt auf eine Wortinterpretation der Novelle 115, die Gültigkeit der Enterbung davon abhängig, daß der Ausschließungsgrund bereits zur Zeit der Testamentserrichtung eingetreten ist, vgl. v. Bangerow a. a. O. und die von ihm Citirten. Dem steht entgegen, daß der Ausschließungsgrund erst beim Tode des Testators wirksam wird; es muß daher genügen, wenn er zu dieser Zeit existirt, Windscheid a. a. O. Note 5 und die von ihm Citirten.

[2] Arndts a. a. O. S. 627, Windscheid a. a. O.

6. Gründe*.

§ 100.

Die Novelle 115 stellt speciell die s. g. Enterbungsgründe (causae ingratitudinis) fest, aus welchen allein Ascendenten ihre Descendenten, und Descendenten ihre Ascendenten von der Erbeinsetzung ausschließen dürfen.

I. Die Ausschließung der Descendenten durch ihre Ascendenten gestattet Nov. 115 c. 3 § 1—14 aus vierzehn Gründen, von denen sich aber einige auf männliche, andere auf weibliche Descendenten beschränken, auf Söhne und Töchter, unter denen natürlich auch Enkel u. s. w. und Enkelinnen u. s. w. verstanden werden. Diese Gründe liegen vor:

1. wenn der Descendent sich an dem Ascendenten thätlich vergriffen hat[1];

2. wenn er demselben sonstige schwere Beleidigungen zugefügt hat[2];

3. wenn er ihn wegen Verbrechen, die nicht gegen den Landesherrn oder den Staat gerichtet sind, angeklagt hat[3];

4. wenn der Descendent mit Giftmischern oder Personen, die sich mit Zauberei abgeben, als Genosse verkehrt hat[4];

5. wenn er dem Leben des Ascendenten durch Gift oder auf andere Weise nachstellte;

---

* Glück's Comment. Bd. 7 S. 209 ff. v. Buchholtz, Juris Abhandl. S. 128 ff. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 37 S. 140 ff. Francke, Das Recht der Notherben S. 404 ff. Arndts, Civilist. Schriften Bd. 2 S. 663 ff. v. Vangerow a. a. O. Bd. 2 § 484 sub II. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 590.

[1] Nov. 115 c. 3 § 1. Si quis parentibus suis manus infulerit.

[2] Daher kann auch die bloße Androhung von Thätlichkeiten ein Enterbungsgrund sein, Francke a. a. O. S. 404 sub 2.

[3] Diese causa ingratitudinis wollen manche Juristen ohne zutreffenden Grund auf Söhne beschränken, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 142 ff.

[4] Nov. 115 c. 3 § 4: si cum maleficis (im chriechischen Text *μετὰ φαρμακῶν*) ut maleficus versatur. Homberg übersetzt: si cum veneficis ut venificus conversetur. Das Wort *φαρμακός* begreift Giftmischer und Zauberer, Mühlenbruch a. a. O. S. 144 ff., Windscheid a. a. O. Note 7.

6. wenn der Sohn mit seiner Stiefmutter Unzucht getrieben hat[1];

7. wenn der Sohn dem Ascendenten durch eine falsche chikanöse Denunciation großen Nachtheil zugefügt hat[2];

8. wenn der männliche Descendent verweigert hat, sich für die Person oder Schuld des im Gefängniß befindlichen Ascendenten zu verbürgen, obwohl er dazu im Stande war[3];

9. wenn der Descendent überführt wird, den Ascendenten an der Errichtung eines Testaments verhindert zu haben[4];

10. wenn der Sohn das Gewerbe eines Gauklers oder Schauspielers betrieb und dabei gegen den Willen der Eltern beharrte, sofern nicht die Eltern dasselbe Gewerbe trieben[5];

11. wenn eine Tochter oder Enkelin, welche die Eltern zu verheirathen und auszustatten beabsichtigten, ihre Zustimmung zu dieser Ehe verweigerte und sich einem schlechten Lebenswandel er-

---

[1] Nor. 115 c. 3 § 6: si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit. Das Wort filius umfaßt selbstverständlich auch Enkel. Einen Concubinat kennt das heutige Recht nicht; die Anwendung des Gesetzes auf den Umgang des Sohnes mit der Maitresse des Vaters, wie sie v. Buchholtz a. a. O. S. 134 will, ist unzulässig; ebenso die Anwendung auf die Unzucht der Tochter mit dem Stiefvater, Mühlenbruch a. a. O. S. 147; a. M. Francke a. a. O. S. 414.

[2] Nov. 115 c. 3 § 7: si delator (im griech. Text συκοφάντης = calumniator) contra parentes filius exstiterit. Die Ausdehnung auf weibliche Descendenten ist unzulässig, Mühlenbruch a. a. O. S. 149; a. M. Arndts a. a. O. S. 664 Note 74.

[3] Nov. 115 c. 3 § 8 . . . Hoc tamen . . . ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere, und zwar auf liberi, qui possunt ab intestato ad eius successionem venire d. h. die zur Zeit, wo sie zur Uebernahme der Bürgschaft aufgefordert wurden, seine nächsten Intestaterben waren, Mühlenbruch a. a. O. S. 150 ff., v. Bangerow a. a. O. sub 8.

[4] Nov. 115 c. 3 § 9. Ueber die Voraussetzungen der Indignität in diesem Fall vgl. § 18 sub 7 (S. 148).

[5] Nov. 115 c. 3 § 10 Si . . . inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit. Schon die c. 11 C. de inoff. test. (3. 28) beschränkte diesen Ausschließungsgrund auf männliche Descendenten; Arndts a. a. O. S. 664 Note 78 und Windscheid a. a. O. sub A. 12 erklären sich für die Ausdehnung auf weibliche, dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 152 a. E.

gab. Dagegen kann eine großjährige Tochter, die an der Eingehung einer anständigen Ehe von den Eltern verhindert wurde, nicht enterbt werden, wenn sie dann zu Fall gekommen ist oder eine Ehe ohne Zustimmung der Eltern geschlossen hat[1];

12. wenn der Descendent dem wahnsinnigen Ascendenten nicht die erforderliche Hülfe und Pflege hat zu Theil werden lassen[2];

13. wenn der mindestens achtzehnjährige Descendent sich nicht bemüht hat, den in Gefangenschaft befindlichen Ascendenten loszukaufen[3];

14. wenn der Descendent katholischer Eltern vom wahren katholischen Glauben abgefallen ist[4]. Dieser Enterbungsgrund ist heute weggefallen, nachdem das Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 alle bis dahin auf der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses beruhenden Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte aufgehoben hat[5].

II. Die Ausschließung der Ascendenten durch ihre Descendenten ist nach Nov. 115 c. 4 nur aus folgenden acht Gründen erlaubt:

1. wenn der Ascendent den Descendenten wegen eines mit Todesstrafe bedrohten Verbrechens angeklagt hat, außer wegen Hochverraths[6];

---

[1] Nov. 115 c. 3 § 11. Das Reichsgericht will nach einer Entscheidung in Seuffert's Arch. Bd. 42 Nr. 41 diese Vorschrift allgemein dahin verstehen: eine Tochter oder Enkelin, welche sich eines unsittlichen Lebenswandels schuldig gemacht hat, kann enterbt werden, sofern sie nicht den unsittlichen Lebenswandel erst begonnen hat, nachdem bis zu ihrem 25. Lebensjahre keine Fürsorge für ihre passende Verheirathung getroffen war. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Francke a. a. O. S. 407 ff., Mühlenbruch a. a. O. S. 153 ff., Arndts a. a. O. S. 664 sub 11, Windscheid a. a. O. sub A. 13.

[2] Nov. 115 c. 3 § 12. Ueber die Voraussetzungen der Indignität in diesem Fall vgl. § 18 S. 151 sub III. 2.

[3] Nov. 115 c. 3 § 13. Ueber die Indignität in diesem Falle vgl. § 18 S. 151 sub III. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 165.

[4] Nov. 115 c. 3 § 14. Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 166.

[5] Windscheid, Pand. Bd. 1 § 55.

[6] Nov. 115 c. 4 § 1. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 167.

2. wenn der Ascendent dem Descendenten durch Gift oder auf andere Weise nach dem Leben trachtete[1];

3. wegen Unzucht mit der Ehefrau des Descendenten[2];

4. wegen Verhinderung des Descendenten an der Errichtung eines Testaments[3];

5. wenn von einem Elternpaar der Vater der Mutter, oder diese jenem Gift gab zum Zweck der Tödtung oder der Beraubung des Verstandes, oder auf andere Weise nach dem Leben trachtete, so können die gemeinschaftlichen Kinder diesen Ascendenten von der Erbfolge ausschließen[4];

6. wegen versäumter Pflege des wahnsinnigen Descendenten[5];

7. wegen versäumten Loskaufs aus der Gefangenschaft[6].

8. Nach römischem Recht konnten auch katholische Descendenten ihre Ascendenten wegen Abfalls vom wahren katholischen Glauben präteriren oder enterben[7].

Diese Enterbungsgründe geben als causae ingratitudinis das Recht der Ausschließung von der Erbschaft nur den in der Novelle 115 bezeichneten Descendenten und Ascendenten, in deren eigener Person die causa eingetreten ist. Einem Andern

---

[1] Nov. 115 c. 4 § 2.

[2] Gegen die Beschränkung auf die Frau des Sohnes oder des Hausſohnes, die einige Juristen annehmen, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 168 sub 3, Arndts a. a. O. S. 665 sub 3, Windscheid a. a. O. sub B. 3. Die Novelle stellt auch hier die Concubine der Ehefrau gleich; s. oben S. 645 Note 1.

[3] Gegen die Beschränkung auf Hauskinder vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 169, Arndts a. a. O. S. 665 sub 4, Windscheid a. a. O. sub B. 4.

[4] Nov. 115 c. 4 § 5. Hier heißt es: liberis esse licentiam nihil . . . illi personae relinquere. Das Verbrechen muß also gegen den leiblichen Ascendenten (Vater oder Mutter) des Testators begangen sein. Arndts a. a. O. S. 665 Note 84. Auf den Fall, wo es gegen den Stiefvater oder die Stiefmutter begangen ist, findet die Vorschrift keine Anwendung; a. M. Mühlenbruch a. a. O. S. 170, v. Vangerow a. a. O. sub B. 5.

[5] Nov. 115 c. 4 § 6.

[6] Nov. 115 c. 4 § 7.

[7] Nov. 115 c. 4 § 8; s. oben S. 646 sub 14.

als dem zunächst Betroffenen geben sie dieses Recht nicht. Es kann also z. B. die Mutter den Sohn wegen Beleidigung des Vaters nicht enterben. Deßhalb wird einem Enterbungsgrunde seine Kraft auch nur durch die Verzeihung der Person entzogen, die zunächst von demselben berührt ist. Von selbst versteht sich, daß die zunächst Berührten nach der Beschaffenheit des Enterbungsgrundes mehrere Personen sein können, z. B. Vater und Mutter, wenn der Descendent mit Giftmischern als Genosse verkehrte [1].

Die Novelle 115 will die Enterbungsgründe erschöpfend bestimmen. Es soll die Enterbung aus den in früheren Gesetzen anerkannten Gründen nicht erlaubt sein, wenn sie nicht in der Novelle enthalten sind [2]. Demgemäß ist bei den einzelnen Enterbungsgründen als singulären Vorschriften gegenüber der Regel, daß der Testator seine Notherben nicht präteriren oder exheredіren soll, jede Ausdehnung durch juristische Consequenz und Analogie ausgeschlossen [3]. Sie dürfen nicht auf allgemeine Principien (z. B. Lieblosigkeit gegen den Erzeuger oder Erzeugten, unmoralische Gesinnung, verächtliche Lebensweise) zurückgeführt werden, um aus diesen für neue Fälle neue Enterbungsgründe abzuleiten. Aber sie unterliegen selbstverständlich der Interpretation, so daß sie, wie andere singuläre Vorschriften, nicht nach dem Buchstaben des Gesetzes, sondern nach dem Willen des Gesetzgebers anzuwenden [4], jedoch als Strafbestimmungen benigne auszulegen sind [5].

---

[1] Vgl. v. Buchholtz a. a. O. S. 144 ff., Mühlenbruch a. a. O. S. 171 ff., Arndts a. a. O. S. 665.

[2] Nov. 115 c. 3 pr. . . . ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie condinentur.

[3] l. 14. 16 D. de legib. (1. 3).

[4] So ist z. B. die Vorschrift sub I. 6 auch auf den Fall der Blutschande mit der leiblichen Mutter anzuwenden, obwohl nur die Stiefmutter genannt wird, weil das Verbrechen mit jener kaum vorkommt.

[5] l. 155 § 2 D. de R. I. (50. 17). Manche Juristen wollen die analoge Ausdehnung ganz, andere nur im Princip ausschließen, vgl. Francke a. a. O. S. 412 ff., Mühlenbruch a. a. O. S. 176 ff., Arndts a. a. O. S. 666, v. Bangerow a. a. O. sub II. B. a. E., Windscheid a. a. O. Note 1.

Alle Enterbungsgründe der Novelle 115 setzen eine Verschuldung des Auszuschließenden voraus. Wo diesem die Thatsache oder Handlung, welche dem Testator das Recht der Enterbung geben soll, nicht zugerechnet werden kann, sei es wegen seines jugendlichen Alters oder weil er sich im Zustande gerechter Nothwehr befand, fällt das Enterbungsrecht weg. Deßhalb können auch postumi nach der Novelle 115 nicht mehr gültig enterbt werden, es müßte denn ihre Enterbung unter der Bedingung eines künftig eintretenden Enterbungsgrundes erfolgen[1].

Die Novelle 115 regelt nur die Enterbung wegen Inofficiosität (ingratitudo). Das bisherige Recht über die s. g. exheredatio bona mente facta: Enterbung in guter Absicht hat sie stillschweigend unverändert stehen lassen[2]. Nach demselben kann der Testator seine Notherben ohne gesetzlichen Enterbungsgrund von der Erbfolge ausschließen, oder ihnen auch die Erbschaft wie den Pflichttheil unter Bedingungen, Zeitbestimmungen und sonstigen Belastungen zuwenden, wenn diese ihr Notherbenrecht verletzenden Verfügungen non notae causa oder, wie es

---

[1] Vgl. § 99 S. 643. Mühlenbruch a. a. O. S. 184, Arndts a. a. O. S. 667.

[2] Dies war von jeher die herrschende Theorie und Praxis, vgl. Schmidt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 54 S. 378 ff. Einzelne Juristen haben aber behauptet, die Enterbung in guter Absicht sei aufgehoben durch Nov. 115 c. 3 pr.: hier verbiete sie die Enterbung von Notherben, nisi probabuntur ingrati; so Unterholzner, Arch. f. civ. Pr. Bd. 2 S. 53. Dabei ist übersehen, daß Justinian c. 5 pr. ausdrücklich erklärt, seine Absicht bei der Feststellung der causae ingratitudinis gehe lediglich dahin, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus, was nur von der exheredatio mala mente verstanden werden kann. Francke a. a. O. S. 422 ff. hat nachzuweisen versucht, die in der folgenden Note citirten Stellen, auf welche man die Theorie von der exheredatio bona mente stütze, seien zur Begründung derselben nicht geeignet, eventuell jedenfalls durch Nov. 115 und 117 c. 1 aufgehoben. Diese Ansicht ist inzwischen durch eingehende Interpretation der fraglichen Stellen widerlegt von Mühlenbruch a. a. O. S. 396 ff. und Schmidt a. a. O. S. 357 ff. Die heutige Praxis betrachtet denn auch die römische Enterbung in guter Absicht als ein Institut des gemeinen Rechts, vgl. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 86, Bd. 31 Nr. 252, Bd. 38 Nr. 327.

auch heißt, non mala mente getroffen sind, nec ut iis obsint, sed ut iis consulant[1]. Ihre formelle Gültigkeit setzt Anordnung im Testament voraus. Aber Angabe des Enterbungsgrundes ist kein formelles Erforderniß, weil dieselbe vor der Novelle 115 zur Gültigkeit des Testaments nicht nöthig war. Es muß sich nur aus den Dispositionen des Testators entnehmen lassen, daß er nach der Persönlichkeit des Notherben oder nach dessen Verhältnissen gerechte Gründe zu der Befürchtung hatte, der Notherbe werde im Fall der Zuwendung um das ihm in Aussicht stehende Erbe kommen[2]. Die Wahrheit dieser Gründe muß von dem instituirten Erben bewiesen werden, weil das unerwiesene Urtheil des Erblassers über Person und Verhältnisse des Notherben dessen gesetzliches Recht nicht beseitigen kann[3].

---

[1] Es bestätigen dies folgende Stellen:

1) l. 18 D. de lib. et. post. (28. 2) Multi non notae causa exheredant filios nec ut iis obsint, sed ut iis consulant, utputa impuberibus iisque fideicommissam hereditatem dant. l. 12 § 2 D. de bon. libert. (38. 2) . . . utputa pone furoris causa exheredatum eum vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem. Für einen unmündigen oder geisteskranken Notherben kann es vortheilhafter sein, daß der Nachlaß nicht in die Verwaltung seines Vormundes kommt, z. B. wegen Fortführung eines zum Nachlaß gehörigen Geschäfts, die besondere Sachkenntniß voraussetzt. Hier kann der Testator den Notherben enterben und einen Mann, der diese Sachkenntniß hat, zum Erben ernennen, mit der Auflage, die Erbschaft den Notherben nach erlangter Mündigkeit bzw. Gesundheit als Fideicommiß zu restituiren. Schmidt a. a. O. S. 362. S. 373. l. 3 § 3 D. de usuris (22. 1). Schmidt a. a. O. S. 363. Mühlenbruch a. a. O. S. 399 ff.

2) l. 16 pr. § 2 D. de cur. fur. (27. 10). Wer einen geisteskranken oder verschwenderischen Notherben hat, kann ihn enterben und dessen Kinder zu Erben einsetzen mit der Auflage, ihrem Vater Alimente zu leisten. Schmidt a. a. O. S. 366. Mühlenbruch a. a. O. S. 431 ff.

3) c. 25 C. de inoff. test. (3. 28). Eine Mutter, quae de moribus mariti secus suspicatur, kann ihre Kinder unter der Bedingung der Emancipation zu Erben einsetzen, um die Erbschaft dem Einfluß des unzuverlässigen Vaters zu entziehen. Mühlenbruch a. a. O. S. 409 ff. Schmidt a. a. O. S. 370 ff. l. 16 D. de b. p. c. t. (37. 4). Mühlenbruch a. a. O. S. 422 ff. Schmidt a. a. O. S. 369 ff.

[2] l. 16 § 2 D. de cur. fur. (27. 10) . . . addita causa necessitateque indicii sui. Vgl. Seuffert's Arch. in d. S. 649 Note 1 a. E. cit. Entscheid.

Die materielle Gültigkeit der exheredatio bona mente hat nur zwei Voraussetzungen: die subjective, daß der Testator sie nicht in feindseliger Gesinnung und als Strafe für den Betheiligten angeordnet hat[1], sondern aus Fürsorge für seine öconomische Lage[2], ohne Vorurtheil, Einseitigkeit und Befangenheit, und die objective, daß dieser Zweck auch erreicht ist durch den Umständen entsprechende Mittel; unter diesen hat der Testator die freie Wahl, aber für die Alimentation des Notherben muß er Sorge getragen haben[3]. Unter diesen Voraussetzungen schließt die wohlmeinende Absicht des Testators die querela inofficiosi testamenti für Descendenten wie für Ascendenten aus[4].

4. Verletzung und Schutz des Notherbenrechts.

a. Verletzung des Rechts auf Erbeinsetzung. Querela inofficiosi testamenti*.

§ 101.

Das Recht auf Erbeinsetzung ist verletzt, wenn der notherbberechtigte Descendent oder Ascendent vom Testator nicht zur directen Erbfolge berufen oder seine Erbeinsetzung ungültig ist, wenn er weder instituirt noch exheredirt, also präterirt ist ohne

---

* Mühlenbruch a. a. O. S. 462 ff. Schmidt a. a. O. S. 382.

[1] Seuffert a. a. O. Bd. 3, Nr. 86.

[2] Sie muß also einen öconomischen Vortheil für den Enterbten zum Zweck haben; hat sie den Zweck, ihn in eine bedrängte Vermögenslage zu bringen, um ihn dadurch zu Fleiß, Sparsamkeit und sonstigen Tugenden anzuregen, so ist sie keine exheredatio bona mente, Schmidt a. a. O. S. 381.

[3] Daß er ihm die Einkünfte von der entzogenen Erbschaft oder dem entzogenen Erbtheil hinterläßt, ist kein Erforderniß der exheredatio bona mente. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 86.

[4] Mühlenbruch a. a. O. S. 455 ff. Schmidt a. a. O. S. 380. 381. S. 383 ff.

* Glück, Commentar Bd. 7 S. 356 ff. Mühlenbruch ebenda Bd. 35 S. 335 ff., Bd. 37 S. 245 ff., Francke, Recht der Notherben S. 250 ff., Arndts, Civilistische Schriften Bd. 2 S. 628 ff., v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 478 ff.; Brinz, Pand. Bd. 3 § 403 ff., Windscheid, Pand. Bd. 3 § 584. 585.

Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes[1], und wenn er zwar unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes präterirt oder exheredirt ist, aber der Testamentserbe denselben nicht beweisen kann[2]. Durch die auf die eine oder andere Weise dem Notherben zugefügte iniuria praeteritionis vel exheredationis[3] wird das Testament nicht nichtig[4], aber ein inofficiöses[5], welches er zur Genugthuung für diese Kränkung mit der querela inofficiosi testamenti durch accusatio testamenti anfechten kann[6], um durch richterliches Urtheil feststellen zu lassen, daß ihm gegenüber das Testament wie das eines Wahnsinnigen, der keine Testirfähigkeit hatte, zu behandeln, und deßhalb ihm gegenüber die Intestaterbfolge zu eröffnen sei[7]. Die Anstellung der Querel hat aber eine doppelte Voraussetzung: a) der Notherbe muß das Testament nicht schon aus einem andern Grunde anfechten können, weil, wenn ihm ein anderer Weg zur Erbschaft offen steht, dem Erblasser der Vorwurf eines pflichtwidrigen Testaments nicht gemacht werden darf[8]; b) das Testament muß durch den Antritt des instituirten Erben in Wirksamkeit getreten sein, weil es ohne den Antritt von selbst hinfällig wird[9]. Zögert er mit der Antrittserklärung, so erhält er auf Antrag des Notherben eine Deliberationsfrist von sechs oder

---

[1] Vgl. § 98 S. 627 sub I, § 99 S. 640.

[2] Ueber die bedingte Enterbung, insbesondere unter der Bedingung, daß demnächst ein gesetzlicher Enterbungsgrund eintreten werde, vgl. § 99 S. 642 ff. Vgl. auch Seuffert, Arch. Bd. 33 Nr. 241.

[3] Nov. 115 c. 4 pr.

[4] pr. I. de inoff. test. (2. 18) . . . recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis.

[5] Nach dem hier vertretenen Inofficiositätssystem, vgl. § 95.

[6] l. 17 pr. D. de inoff. test. (5. 2) . . . venit ad accusationem inofficiosi testamenti, l. 29 § 2, l. 31 pr., l. 32 pr. D. eod. — l. 4 D. eod. Non est consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos . . . inducunt.

[7] Ueber diese Begründung und diesen Zweck der Querel vgl. § 91 und die S. 600 Note 3 ff. abgedruckten Stellen.

[8] § 2 I. h. t. (2. 18) c. 4 pr. C. de lib. praet. (6. 23).

[9] l. 8 § 10 D. h. t. (5. 2) . . . quoniam aute aditam hereditatem nec nascitur querela.

zwölf Monaten, je nachdem beide ihr Domicil in demselben Obergerichtsbezirk haben oder nicht[1]; läßt er diese Frist ohne Erklärung ablaufen, so wird er als Antretender behandelt[2].

Die Berufung des verletzten Notherben zur Erbschaft erfolgt bereits zur Todeszeit des Testators. Wie jeder andere Erbe erhält auch er die Erbschaft ex tempore mortis defuncti, aber seine Berufung ist eine bedingte. Sie erfolgt unter conditio iuris, daß der im inofficiösen Testament eingesetzte Erbe die Erbschaft erwirbt. Bis zur Erfüllung dieser Bedingung ist für den Notherben die Delation oder, wenn er ein heres suus ist, die Acquisition seiner Intestatportion noch ausgeschlossen; mit der Erfüllung tritt sofort die eine oder die andere mit den gewöhnlichen Wirkungen ein[3]. Die Delation oder Acquisition der Intestatportion ist zugleich die Delation oder Acquisition der querela inofficiosi testamenti[4]. Sie giebt ihm ein Klagerecht[5] auf richterliche Anerkennung der Inofficiosität des Testaments und folgeweise, weil diese Anerkennung ihm gegenüber das Testament ipso iure d. i. nach Vorschrift des objectiven Rechts rescindirt[6], auf Herausgabe seiner Intestatportion[7]. Deßhalb ist die Querel eine hereditatis

---

[1] c. 36 § 2 C. h. t. (3. 28).

[2] Manche Juristen nehmen an, daß er in diesem Fall als Ablehnender anzusehen sei, so u. a. Francke a. a. O. S. 256 u. Windscheid a. a. O. § 584 Note 12; gegen diese Ansicht s. oben § 16 S. 135 Note 6 und über die ganze Streitfrage Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 256 ff., v. Bangerow, a. a. O. § 478 a. E.

[3] Vgl. oben § 4 S. 78 ff., § 44.

[4] c. 14 C. h. t. (3. 28) . . . qui inofficiosi querelam delatam non tenuit.

[5] Deßhalb wird sie auch als actio inofficiosi bezeichnet; l. 12 § 3, l. 15 § 2 D. h. t. (5. 2).

[6] l. 8 § 16 D. h. t. (5. 2) Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est . . .

[7] Paulus R. S. IV. 5. § 4. Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur. P. Krüger will lesen: dicere non potest.

petitio intestati ex causa inofficiosi[1]: der Erwerbsgrund für das mit ihr geltend gemachte Inteſtaterbrecht iſt die Inofficioſität des Teſtaments.

Die Delation ex causa inofficiosi begründet für den Notherben wie für jeden Delaten nur die Erbberechtigung mit der alternativen Befugniß, die deferirte Erbportion anzutreten oder zu repudiiren[2]. Antritt und Repudiation können auch hier ſowohl ſtillſchweigend[3] wie ausdrücklich, namentlich durch Anſtellung der Querel erklärt werden. Repudiation oder Tod des Delaten bewirken hier wie überall den Untergang[4] der Delation; ebenſo die mit dem Antritt des Teſtamentserben beginnende Verjährung der Querel[5]. Sind neben ihm noch andere ausgeſchloſſene Notherben zur Inteſtaterbfolge berufen, ſo fällt ſeine vacant gewordene Portion an dieſe durch Accrescenz wie bei der gewöhnlichen Inteſtaterbfolge[6]. Sind ſämmtliche gleichzeitig berufenen Notherben durch

---

[1] l. 20 pr. i. f. D. de b. p. c. t. (37. 4) . . . sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae. c. 34 pr. C. de inoff. test. (3. 28) . . . hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta.

[2] Vgl. § 4. 6.

[3] l. 17 pr. D. h. t. (5. 2). Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti . . . c. 2 C. h. t. (3. 28), l. 8 pr D. h. t. (5. 2). Vgl. § 6 S. 95 Note 4 ff.

[4] Vgl. § 20. 22.

[5] Vgl. S. 652 Note 8 und die hier folgende Note 6, und über den Fall des Todes S. 656 Note 1.

[6] l. 23 § 2 D. h. t. (5. 2). Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri accrescit; idemque erit et si tempore exclusus sit. Selbſtverſtändlich kann die Accrescenz nicht für einen Notherben eintreten, der gültig von der Erbfolge ausgeſchloſſen wurde, weil ihm nichts deferirt iſt. — l. 17 pr. D. eod. Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, et (Mommsen) quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset, hic, si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. M. E. hat dieſe Stelle folgenden Inhalt: Von zwei

Repudiation, Verjährung oder Tod weggefallen, so werden durch eine successive neue Delation die nun nächsten Notherben zur Intestaterbfolge berufen: es tritt also wie bei der gewöhnlichen Intestaterbfolge successio ordinum et graduum ein[1]. Damit die

---

unrechtmäßig enterbten Notherben, die als Streitgenossen im Inofficiositätsproceß aufgetreten sind (non separatim agentibus, l. 29 pr. i. f. D. de exc. rei iudic. 44. 2), hat keiner die ganze Erbschaft für sich in Anspruch genommen, weil jeder von ihnen rescisso testamento zur Intestaterbfolge berufen sein würde (et quia — non recte vindicasset). Vor der litis contestatio giebt der eine Notherbe die accusatio testamenti mit dem animus repudiantis auf. Durch diese Repudiation wird sein Intestaterbtheil vacant und fällt deßhalb durch Accrescenz ipso iure und necessitate an den andern Notherben, qui eandem querelam movere vult: tunc partem non facit. Der Richter, der die Frage, *ob und in welchem Umfange* dem Kläger das streitige Recht zustehe, nach der Zeit der litis contestatio zu entscheiden hat, muß daher diesem Notherben, der jetzt der einzige ist (hunc solum — nunc), die ganze Erbschaft zusprechen, wenn er diesem gegenüber die Inofficiosität des Testaments und damit die Eröffnung der Intestaterbfolge angenommen hat (cum facerent intestatum erediderint). Daher würde demselben gegen die hered. petitio des Repudianten die exceptio rei iudicatae zu stehen (uteretur rei iudicatae auctoritate). — Auf die Accrescenz der Querel bezieht sich *nicht*, wie oft angenommen wird, die l. 16 pr. D. h. t. (5 2) Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum *de parte* ante egit et obtinuit, filia, quae non egit aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit. Hier heißt es: der von der Mutter ausgeschlossene Sohn hat gegen seinen im Testament eingesetzten Bruder *vor* (ante) der ebenfalls ausgeschlossenen Tochter mit der Querel de parte geklagt und seinen Intestaterbtheil (1/2) erhalten. Daher kann die Tochter, quae non egit (d. h. *nicht*, welche repudiirt, sondern welche noch nicht mit der Querel geklagt hat) aut non obtinit: oder mit ihr abgewiesen ist, nicht an der Intestaterbfolge des Bruders Theil nehmen (in legitima hereditate non concurrit). Denn dieser hat durch die siegreiche Querel die Intestaterbfolge bloß für sich und seine Erbportion eröffnet, vgl. unten S. 660 ff. Von einer Accrescenz der Querel ist also in der l. 16 pr. cit. nicht die Rede und könnte bei einer filia, quae non obtinuit, gar nicht die Rede sein, weil sie die Querel nicht hat. Ueber die Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Accrescenz unter den Notherben und des Inhalts der citirten Stellen vgl. *Glück* a. a. O. S. 431 sub 2 ff., *Francke* a. a. O. S. 270 ff., *Mühlenbruch* a. a. O. Bd. 35 S. 393 ff. S. 399 ff., v. *Bangerow* a. a. O. § 480 Anm. 1.

[1] l. 31 pr. D. h. t. (5. 2). Si is qui admittitur ad accusationem,

dem Notherben deferirte Inteſtaterbſchaft bei ſeinem Tode auf ſeine Erben transmittirt wird, muß er ſie entweder angetreten oder wenigſtens die Anſtellung der Querel vor ſeinem Tode durch Wort oder That vorbereitet haben[1]. Dieſe Transmiſſion ſchließt die Accrescenz und die ſucceſſive Delation aus (§ 23).

Die Acquiſition der Inteſtaterbſchaft ex causa inofficiosi für den heres suus erfolgt, wie ſonſt, ipso iure ohne daß es einer Antrittserklärung bedarf. Nur die Transmiſſion auf die Erben des suus ſetzt voraus, daß er ſelbſt ſchon die Anſtellung der Querel vorbereitet hatte, weil ihr Zweck Genugthuung für eine Kränkung iſt, die gegen den Willen deſſen, dem ſie zugefügt wurde, nicht verfolgt werden darf[2].

---

nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus. Dieſe Stelle enthält folgenden Satz: wenn ein Notherbe, dem die Querel zuſteht, repudiirt oder vor der Anſtellung ſtirbt (nolit aut non possit accusare), ſo wird unter der ſelbſtverſtändlichen Vorausſetzung, daß keine Accrescenz und beim Tode des Notherben keine Transmiſſion der Querel auf ſeine Erben eintritt, weil es an den Erforderniſſen dazu fehlt (Note 1) der nun nächſte Notherbe durch ſucceſſive Delation zur Querel berufen (successioni locus fit). Man darf hier nicht, wie es gewöhnlich geſchieht, von einer successio in querelam ſprechen, weil die Querel des vorgehenden Notherben durch ſeine Repudiation oder ſeinen Tod, dem der Fall der Verjährung gleichſteht, untergegangen iſt; eine successio in querelam findet nur Statt bei der Transmiſſion im Todesfall des Notherben. Aus der l. 31 pr. cit. ergiebt ſich alſo: bei der Querel tritt eine ſucceſſive Delation an den sequens nicht bloß ein, wenn der nächſte Notherbe vom Teſtator rechtmäßig ausgeſchloſſen iſt — von dieſem Fall ſpricht die l. 14 D. h. t, (5. 2), vgl. § 97 S. 626 Note 4 —, ſondern auch wenn dem nächſten Notherben die Querel zuſteht, aber bei ihm durch Repudiation, Verjährung oder Tod untergegangen iſt. Ueber dieſe ſ. g. successio in querelam herrſcht viel Streit, namentlich über die Frage, ob auch ein successio graduum eintrete. Manche wollen ſie verneinen wegen c. 34 C. h. t. (3. 28); dieſe handelt aber von einem Fall, wo nicht alle zunächſt zur Querel Berufenen weggefallen ſind. Vgl. Glück a. a. O. Bd. 7 S. 378 ff., Francke a. a. O. S. 278 ff., Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 475 ff., v. Bangerow, a. a. O. § 480 a. E.

[1] l. 6 § 2 D. h. t. (5. 2), l. 7 D. eod. . . . praeparasse litem quis videatur . . . si comminatus tantum accusationem fuerit, vel usque ad denunciationem, vel libelli dationem praecesserit. c. un. § 5 C. de caduc. toll. (6. 51) Vgl. § 22.

[2] l. 7 D. eod.

Zu Gunsten der Descendenten des Testators hat Justinian die Vorschriften über die Transmission dahin abgeändert: sie sollen ihr Recht aus dem inofficiösen Testamente auf ihre Descendenten transmittiren, obwohl sie vor dem Antritt des Testamentserben gestorben sind, und die bei ihrem Tode noch unmögliche Anstellung der Querel in keiner Weise vorbereitet haben; sofern aber ihre Erben nicht Descendenten (extranei) sind, sollen die bisherigen Vorschriften über die Transmission maßgebend bleiben[1].

Hiernach steht die querela inofficiosi testamenti unter den Regeln über die hereditatio petitio intestati, soweit nicht durch den Umstand, daß ihr Erwerbsgrund ein inofficiöses Testament ist, diese Regeln Modificationen erfahren haben. Demgemäß gilt für sie als s. g. hereditatis petitio qualificata folgende Theorie:

I. Die Klageveranlassung, welche die Anstellung der Klage für notherbberechtigte Descendeten und Ascendenten ermöglicht, ist einerseits ein gültiges durch den Antritt des instituirten Erben in Wirksamkeit getretenes Testament, welches wegen Verletzung ihres Rechts auf Erbeinsetzung als ein inofficiöses anfechtbar ist[2], andrerseits ein Erbprätendent, der dem Notherben res hereditatis vorenthält[3].

II. Der Klagegrund d. i. das Recht, aus welchem mit der Querel geklagt wird, ist das ex causa inofficiosi erworbene Intestaterbrecht[4].

---

[1] c. 36 § 2 C. h. t. (3. 28) . . . In medio tamen id est a morte quidem testatoris, ante aditam autem hereditatem, etsi decesserit filius, huiusmodi querelam, licet non se praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciat praeparationem.

[2] Nov. 115 c. 3. pr. I. h. t. (2. 18).

[3] l. 20 D. h. t. (5. 2) . . . Qui vero de inofficioso dicit . . . nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem exercere debet . . .

[4] Nov. 115 c. 3 i. f., c. 4 § 9 . . . nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere saucimus, sed rescisso testamento iis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus. l. 19 D. h. t. (5. 2) . . . filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset.

er gegen die h. petitio des Testamentserben oder dessen Nachfolger sein Intestaterbrecht ex causa inofficiosi durch exceptio vertheidigungsweise geltend machen[1].

VI. Den Gegenstand, auf welchen die Querel zu richten ist, bilden die Anerkennung der Inofficiosität des Testaments dem Kläger gegenüber und die mit ihr verbundene Rescission der Erbeinsetzungen bis zum Betrage des klägerischen Intestaterbrechts, sowie die Verurtheilung des Beklagten zur Restitution der besessenen res hereditatis nach den Grundsätzen der h. petitio (§ 51 S. 329 ff.).

Die Erbeinsetzungen werden, auch wenn das Testament die Codicillarclausel enthält, nicht bloß rescindirt, soweit sie den Pflichttheil des Klägers verletzen, sondern nach Maßgabe seines Intestaterbrechts. Durch die Codicillarclausel kann der Testator den gesetzlichen Anspruch des verletzten Notherben nicht ändern. Der Testamentserbe kann sich aber die Vortheile der Clausel dadurch sichern, daß er aus dem Testament nicht antritt[2]. Enthält das

Bd. 15 Nr. 144 Bd. 24 Nr. 251. Sie ist aber nicht unbestritten. Angesehene Juristen nehmen an, daß die Querel keine h. petitio, sondern eine Klage sei, die nur auf Anerkennung der Inofficiosität des Testaments gehe. Es könne mit ihr die h. p. verbunden werden, aber nothwendig sei das nicht, sie dürfe auch als Präjudicialklage angestellt werden gegen einen Testamentserben, der nichts von der Erbschaft besitze: so Puchta, Vorl. § 490, Hartmann über die querela inofficiosi testamenti in einem akadem. Programm 1864, Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 272 ff., Windscheid, a. a. O. § 584 Note 13. Die Frage wurde schon in der Glosse und unter den älteren Juristen verhandelt, vgl. Glück a. a. O. Bd. 7 S. 361 ff., Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 344 ff., Francke a. a. O. S. 253 ff. Nach dem Inhalt des Justinianischen Gesetzbuches wird man die Ansicht, daß die Querel ein praeiudicium sei, in Abrede stellen müssen: in demselben wird sie als h. p. ex causa inofficiosi bezeichnet, von ihr als Präjudicialklage ist nirgends die Rede, vgl. Brinz a. a. O. § 404 Note 5. Nach den heutigen Grundsätzen über die Feststellungsklagen, würde aber auch eine Klage auf Feststellung des Erbrechts ex causa inofficiosi nicht unzulässig sein, vgl. oben § 48 S. 298 Note 5.

[1] l. 8 § 13 D. h. t. (5. 2).

[2] l. 36 D. de leg. (32). l. 13 D. h. t. (5. 2). Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 365 ff., Windscheid a. a. O. § 631 Note 9 ff. Seuffert Arch. Bd. 41 Nr. 28. (R.G.). Die bestrittene Frage, ob der Testator durch

Teſtament noch andere Verfügungen als Erbeinſetzungen, ſo erſtreckt ſich die Reſciſſion auf dieſe nicht[1]. Sie bleiben nach der Novelle 115 ſämmtlich gültig[2], insbeſondere Vormundsernennungen und Vermächtniſſe an Dritte, die den Pflichttheil des Notherben nicht verletzen (S. 638 Note 1 ff.), aber auch die Vermächtniſſe, die dem Notherben hinterlaſſen ſind, der das Teſtament angefochten hat, und Pupillarſubſtitutionen, weil ſie keine Erbeinſetzungen für den Nachlaß des Teſtators ſind[3].

Das Inteſtaterbrecht des verletzten Notherben iſt ein Univerſalerbrecht, alſo die Querel eine hereditatis petitio universalis, wenn der ausgeſchloſſene Notherbe der einzige Inteſtaterbe ſein würde[4] oder auf dem Wege der Accrescenz den Anſpruch auf die ganze Erbſchaft erworben hat[5]. Sonſt iſt es nur ein Theilerbrecht, alſo die Querel nur eine hereditatis petitio partiaria. So namentlich wenn neben dem ausgeſchloſſenen Notherben noch gleich nahe Inteſtaterben vorhanden ſind, die kein Notherbenrecht haben[6],

---

die Codicillarclauſel der Querel gegenüber die Erbeinſetzungen im Teſtament aufrechterhalten könne, ſo daß der verletzte Notherbe die Erbſchaft unter Abzug der Trebellianiſchen Quart und des Pflichttheils (S. 635 Note 3) als Univerſalvermächtniß reſtituiren müſſe, iſt aus dem im Text angegebenen Grunde zu verneinen. Vgl. über dieſe Controverſe Francke a. a. O. S. 416 ff. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 368 ff. Arndts, Civ. Schrift. Bd. 2 S. 634. v. Vangerow a. a. O. Bd. 2 § 527 Anm. 2 sub 1. Wendt, Pand. § 382. sub 3. Seuffert, Arch. Bd. 33 Nr. 240, Bd. 39 Nr. 320, Bd. 48 Nr. 43.

[1] Nach dem früheren Recht galt der Satz: nihil ex testamento valet, l. 28 D. h. t. (5. 2).

[2] Nov. 115 c. 3 i. f. . . . legata vel fideicommissa . . . aut tutorum dationes . . . vel quaelibet alia capitula . . . tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Da dieſe Reſciſſion auch für die rechtmäßigen Enterbungen nicht eintritt, bleiben auch ſie gültig.

[3] Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 284 ff. Arndts Civ. Schrift. S. 632 ff. Ueber die Pupillarinbſtitution nach Pandektenrecht, l. 8 § 5 D. h. t. (5. 2).

[4] c. 22 C. h. t. (3. 28).

[5] Vgl. S. 654 Note 6.

[6] Vgl. § 97 S. 625 sub 3, l. 25 § 1 D. h. t. (5. 2) u. die Erklärung dieſer Stelle unten S. 665 zu Note 3.

ferner wenn neben ihm Notherben existiren, die im Testament gültig eingesetzt oder gültig enterbt sind[1], wenn neben ihm noch

[1] l. 8 § 8 D. h. t. (5. 2) Ulp. Der Fall, von dem diese Stelle spricht, ist folgender: der Testator hat einen extraneus zum Erben eingesetzt und seine beiden Söhne enterbt, aber dem einen hat er den Pflichttheil hinterlassen und dadurch die Querel für ihn nach Pandektenrecht ausgeschlossen (nach Nov. 115 würde dazu seine Erbeinsetzung erforderlich sein), den andern hat er ohne Grund präterirt und dadurch für ihn die Querel begründet. An diesen Fall wird die Frage geknüpft: an exheredatus partem faciat, qui non queritur d. h. ob der von der Querel ausgeschlossene Sohn bei der Querel des andern Sohnes auf seine Intestaterbschaft als Intestaterbe mitzähle, und diese Frage wird bejaht: er kann von dem instituirten extraneus non totam hereditatem petere, sed dimidiam. Den andern Theil behält der extraneus; für diesen bleibt das Testament gültig, ebenso für die Zuwendung des Pflichttheils an den anderen Sohn: pro parte testamentum valet. Dieselbe Entscheidung über den Gegenstand der Querel und über den Beklagten enthält l. 19 D. eod. Paul. Hier handelt es sich um ein Testament, in welchem eine Mutter eine Tochter präterirt, die andere auf $^1/_4$, und einen extraneus auf $^3/_4$ der Erbschaft eingesetzt hat, bei dem die Frage aufgeworfen wurde: scriptae filiae quomodo succurrendum sit? Das responsum von Paulus geht dahin: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset, also sie kann mit der Querel nur ihren Intestaterbtheil d. i. $^1/_8$ der Erbschaft fordern und auf diesen nur gegen den extraneus klagen, da die eingesetzte Schwester in ihrem testamentarischen Erbtheil ($^1/_4$) noch nicht einmal ihren vollen Intestaterbtheil hat, also der präterirten nichts von ihrer Intestatportion entzieht (S. 659 zu Note 4); dieser muß ihr daher verbleiben: et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur . . . Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis. Es behält aus dem Testament der extraneus $^1/_4$ und die instituirte Tochter ihre Institutionsportion von $^1/_4$. testamentum pro parte valet. Die Ausführungen, welche Paulus in den Sätzen: Itaque — Ex quibus apparet macht, beziehen sich auf Einwendungen, die bei der Verhandlung des von ihm entschiedenen Falles von andern Juristen gemacht wurden; diese lassen sich nach dem, was Paulus über sie berichtet, nicht genau feststellen, deßhalb hat die Interpretation dieser Sätze Schwierigkeiten gemacht, vgl. Francke, a. a. O. S. 259 ff., Glück a. a. O. Bd. 7 S. 425 Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 404 ff., Bd. 40 S. 154 ff.

andere Notherben zur Querel berufen sind[1], oder wenn er nicht gegen alle Testamentserben siegt[2]. Die Querel als Universalklage rescindirt alle Erbeinsetzungen und hebt folgeweise den Erbschaftsantritt der Testamentserben mit seinen Wirkungen wieder auf[3]. Die Querel als Theilklage rescindirt die Erbeinsetzungen nur zu dem Intestaterbtheil des Klägers und hebt nur zu diesem Theil den Erbschaftsantritt der Testamentserben mit seinen Folgen wieder auf, darüber hinaus bleiben sie gültig. Der Testator wird daher, sofern nicht alle seine Notherben ausgeschlossen sind oder sie die Querel nicht gegen alle Testamentserben siegreich durchführen, pro parte testatus, pro parte intestatus beerbt, ohne Widerspruch mit der Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest[4]. Der Notherbe wird Miterbe des Testamentserben, hat also gegen ihn die actio familiae erciscundae, gegen dritte Erbschaftsbesitzer die hereditatis petitio partiaria und kann mit allen erbschaftlichen Singularklagen pro rata klagen und verklagt werden[5]. Stehen dem Notherben mehrere Erbschaftsbesitzer gegenüber,

---

[1] l. 17 pr. D. h. t. (5. 2) . . . si . . . alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset.

[2] l. 24 D. h. t. (5. 2) Circa inofficiosi querelam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur. Diversi iuris sind die Testamentserben, wenn unter ihnen Notherben sind; diesen kann von ihrer testamentarischen Erbportion nur das entzogen werden, was sie von der Intestatportion des Klägers besitzen, also nichts, wenn ihre testamentarische Erbportion ihren eigenen Intestaterbtheil nicht überschreitet (S. 662 Note 1). l. 15 § 2 D. eod. c. 13 C. h. t. (3. 28).

[3] l. 21 § 2 D. h. t. (5. 2). l. 8 § 16 D. eod. c. 22 C. h. t. (3. 28).

[4] l. 15 § 2 i. f. D. h. t. (5. 2). Vgl. die folgende Note und § 5 S. 91 sub 1. a. Seuffert, Arch. Bd. 41 Nr. 23.

[5] l. 15 § 2 D. h. t. (5. 2). Filius qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere; verum est familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus

so muß er die h. p. ex causa inofficiosi wie der gewöhnliche Intestaterbe aus seinem Universal- oder aus seinem Theilerbrecht gegen jeden Besitzer, der ihm etwas von seiner Erbportion vorenthält, auf Restitution anstellen; und haben der Notherbe und der Testamentserbe als Miterben beide possessio hereditatis, so müssen sie gegeneinander auf Restitution ihrer pars pro indiviso klagen (§ 49 S. 303 ff.).

VI. Das Urtheil in dem Inofficiositätsprozeß entscheidet stets nur über die Inofficiosität des Testaments dem Kläger gegenüber, über seinen Anspruch auf die von ihm vindicirte Intestaterbschaft und über die Restitutionspflicht des von ihm verklagten Erbschaftsbesitzers. Daraus folgt:

1. Von mehreren nebeneinander mit der Querel auftretenden Notherben siegt und unterliegt jeder nur für sich. Durch das von einem Notherben erstrittene Urtheil wird also nicht die vollständige Intestaterbfolge eröffnet[1], weder zu Gunsten der im Testament gültig ausgeschlossenen oder gültig eingesetzten, aber nicht mit ihrem vollen Intestaterbtheil bedachten Notherben, noch zu Gunsten der nicht notherbberechtigten Intestaterben. Personen, denen keine iniuria praeteritionis vel exheredationis zugefügt ist, haben auch keinen Anspruch auf Genugthuung durch Berufung zur Intestaterbfolge. Nur für den siegreichen Kläger wird durch die Zuerkennung des von ihm mit der Querel vindicirten Intestaterbtheils das Testament pro parte rescindirt, und nur ihm gegenüber gilt der Testator als intestatus verstorben. Das Urtheil entscheidet die Erbrechtsfrage nur unter den Parteien des In-

eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

[1] Die in den voraufgehenden Noten citirten Stellen bestätigen dies. Es bedarf deßhalb die Ansicht mancher Juristen (Sintenis, Gem. Civilrecht Bd. 3 § 199 Anm. 9, und die bei Windscheid, a. a. O. § 584 Note 24 Citirten), daß die Querel immer das ganze Testament rescindire und deßhalb die volle Intestatsuccession nach sich ziehe, keiner besonderen Widerlegung mehr, vgl. v. Bangerow a. a. O. § 479 Anm. 1 sub C. 2. a und Windscheid a. a. O. Zu diesem Resultat kann man nur auf dem Wege der s. g. Nullitätssysteme (§ 95) kommen.

officiositätsprocesses durch Zuerkennung oder Aberkennung des vindicirten Intestaterbtheils; über den zuerkannten Theil hinaus bleibt wie für den aberkannten Theil das Testament gültig. Dies ist auch maßgebend für den Fall, wo neben einem Notherben ein Nichtnotherbe zufällig mit der Querel gesiegt hat. Dieser Sieg nützt ihm nicht. Den ihm zuerkannten Erbtheil kann der wirkliche Notherbe von ihm mit der h. petitio vindiciren; nur sein Prozeßgegner kann über denselben nicht mehr mit ihm streiten. Das Urtheil über die Querel ist kein Erwerbstitel für das zuerkannte Intestaterbrecht[1], wo der Sieger zu den Personen gehörte, quae ad successionem ab intestato non admittuntur[2]. Nur wenn kein zur Querel berechtigter Notherbe existirt, kann ein Nichtnotherbe den ihm in Folge eines irrigen Urtheils aus der Querel zuerkannten Intestaterbtheil so erwerben, daß derselbe ihm nicht von einem andern Erben evincirt werden kann. So wenn von einem nachstehenden Intestaterben das Testament, in welchem die Notherben gültig enterbt sind, durch die Querel gegen einen instituirten Erben pro parte rescindirt ist, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt[3].

2. Auf das gegen einen der Testamentserben erstrittene Urtheil kann sich der siegreiche Notherbe einem andern Testamentserben gegenüber nicht berufen; ebensowenig kann er für den einem Testamentserben nicht abgestrittenen Erbtheil dritten Personen gegenüber auftreten. Jeder andere Testamentserbe bleibt Testamentserbe, so lange der Notherbe nicht auch gegen ihn die Querel mit Erfolg angestellt hat[4].

---

[1] Vgl. l. 16 § 1 D. h. t. (5. 2).

[2] l. 6 § 1 D. h. t. Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit — nemo enim eum repellit — et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias facit.

[3] l. 25 § 1 D. h. t. (5. 2).

[4] l. 15 § 2 D. h. t. (S. 663 Note 5) . . . et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare. l. 19 D. eod. (S. 662 Note 1), l. 24 D. eod. c. 13 C. h. t. (3. 28). (S. 663 Note 2).

3. Auch auf das Urtheil, durch welches nach den Intestaterbansprüchen der verletzten Notherben alle Erbeinsetzungen im Testament rescindirt sind, so daß die ganze Erbschaft den Testamentserben entzogen ist, können sich nur die siegreichen Notherben berufen: iure intestati qui obtinuit succedit. Nur für sie wird die Intestaterbfolge eröffnet, weil bei der gänzlichen wie bei der theilweisen Rescission des Testaments nur sie gekränkt sind[1]. Die gültig ausgeschlossenen Notherben und die nicht notherbberechtigten Personen, welche ohne Testament zu den gesetzlichen Erben gehört haben würden, bleiben durch das Testament auch nach der Rescission ausgeschlossen.

4. Da das Urtheil im Inofficiositätsproceß über das unter mehreren Prätendenten streitige Erbrecht entscheidet[2], so gilt es für alle Personen als unanfechtbar[3], die zu dem Erben als solchem in Rechtsverhältnissen stehen, also namentlich für die Miterben, für die Erbschaftsgläubiger, für die Erbschaftsschuldner und für die Vermächtnißnehmer[4]. Diese Wirkung des Urtheils für die betheiligten Dritten tritt nur dann nicht ein, wenn über die Gültigkeit des Testaments gar nicht verhandelt ist, weil sich der Beklagte aus Nachlässigkeit oder im heimlichen Einverständniß mit dem Kläger in contumaciam hat verurtheilen lassen[5].

---

[1] c. 22 C. h. t. (3. 28).

[2] Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 132 Note 3. Wendt Pand. § 99a. E. § 361 a. E.

[3] l. 17 § 1 D. h. t. (5. 2) .. creditur ius ex sententia iudicis fieri.

[4] Wenn also ein Notherbe durch die Querel einen Testamentserben verdrängt hat, so gilt er nun an Stelle desselben als Miterbe der übrigen Testamentserben, kann aus den erbschaftlichen Singularklagen klagen und verklagt werden, ist aus den Vermächtnissen der Onerirte und hat die hereditatis petitio gegen dritte Erbschaftsbesitzer. Demgemäß hat der verdrängte Testamentserbe seine Erbenqualität verloren, haftet also nicht mehr den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern und kann mit der h. petitio und mit den actiones hereditariae nicht mehr klagen, siehe die S. 663 Note 3 und 5 citirten Stellen.

[5] l. 17 § 1, l. 18 D. h. t. (5. 2). l. 50 § 1 D. de leg. (30). Die beim Ausgang des Processes betheiligten dritten Personen haben Appellations- und Interventionsrecht l. 5 § 1. 2, l. 14 D. de appell. (49. 1) R. C. P. O. § 63. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 377 ff.

VII. Der Verlust der bereits erworbenen Querel kann durch Repudiation oder Abstinenz nicht mehr eintreten[1]. Ein Verzicht auf sie ist nur möglich durch einen Vertrag des Notherben mit den Personen, gegen welche er die Querel anstellen kann[2]. Aber es kann auch aus anderweitigen Gründen die erworbene Querel verloren werden: a) durch jede Anerkennung des Testaments Seitens des verletzten Notherben, weil sich aus ihr ergiebt, daß er die ihm zugefügte Kränkung verschmerzt hat[3]; b) durch fünfjährige Verjährung[4], die mit dem Erbschaftsantritt des Testamentserben zu laufen beginnt[5], c) durch Abweisung im

---

[1] Vgl. § 6 S. 97 Note 3, § 31 S. 198 Note 4. 5. c. 34 i. f. C. h. t. (3. 28).

[2] c. 35 § 1 i. f. h. t. Der mit dem Testator geschlossene Vertrag, in welchem der Notherbe auf die künftige Anfechtung des Testaments durch die Querel verzichtet, ist nach römischem Recht ungültig, c. 35 § 1 cit., nach heutigem Recht als Erbverzicht gültig, § 3 S. 61 Note 1, Seuffert, Arch. Bd. 20 Nr. 150, Bd. 35 Nr. 43.

[3] z. B. durch Verträge (Kauf, Miethe ꝛc.), die der Notherbe mit dem Testamentserben über Erbschaftssachen geschlossen hat, l. 23 § 1, l. 32 pr. D. h. t., oder wenn der Notherbe von der Fortsetzung des Inofficiositätsprocesses Abstand genommen hat l. 8 § 1 D. h. t. Es gilt überhaupt der Satz: agnovisse videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprabavit, l. 32 pr. D. h. t.; l. 8 § 10, l. 10 § 1, l. 31 § 2—4. D. eod. Ursprünglich bewirkte auch die Annahme dessen, was dem Notherben im Testament hinterlassen ist, eine Anerkennung, durch welche er die Querel verlor, l. 12 pr. D. h. t. Nach der Novelle 115 hat er, wenn ihm durch Erbeinsetzung etwas hinterlassen ist, überhaupt nicht mehr die Querel, sondern nur eventuell die s. g. actio suppletoria auf Ergänzung seines Pflichttheils (S. 628 Note 3, § 102), und diesen Anspruch verliert er nicht durch Annahme des Hinterlassenen, sondern nur durch die in einer Quittung oder in einem Vertrage an den Testamentserben abgegebene Erklärung, daß er sich mit dem Hinterlassenen begnügen wolle, c. 35 § 2 C. h. t.

[4] c. l. 16, c. 34 i. f. C. h. t. (3. 28). Ueber den Grund dieser kurzen Verjährungsfrist s. oben § 91 S. 602 Note 8.

[5] c. 36 § 2 C. h. t. Man streitet darüber, ob auch in dem Fall, wenn der Notherbe im Besitz der Erbschaft ist: dafür Windscheid a. a. O. § 585 Note 7a, dagegen Francke a. a. O. S. 314, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 462 ff.

Inofficiositätsproceß; diese bewirkt zugleich Indignität für den Kläger: was ihm im Testament hinterlassen ist, kann ihm vom Fiscus entrissen werden[1].

b. Verletzung des Rechts auf den Pflichttheil.

S. g. actio suppletoria und querela inofficiosae donationis seu dotis*.

§ 102.

In dem Recht auf den Pflichttheil werden notherbberechtigte Descendenten und Ascendenten verletzt, wenn der Testator sie als Erben instituirt, aber ihnen ohne Angabe eines beweisbaren Enterbungsgrundes weniger als den Pflichttheil zugewandt hat. Diese Verletzung blos des Pflichttheilsrechts begründet niemals die querela inofficiosi testamenti auf Rescission des Testamentes[2], sondern nur einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils, der das Testament nicht zu einem inofficiösen macht, wenn auch in demselben die Ergänzung nicht angeordnet oder bestimmt ist, daß der Notherbe nicht mehr als das ihm Zugewandte erhalten soll[3]. Für diesen Anspruch gelten aber verschiedene Grundsätze, je nachdem

---

[1] S. oben § 18 S. 147 sub 4. Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 39.

* Glück, Comment. Bd. 7 S. 142 ff., S. 156 ff., Francke, Recht der Notherben S. 328 ff., S. 498 ff., Mühlenbruch in Glücks Comment. Bd. 36 S. 1 ff., S. 38 ff., Arndts, Civil. Schriften Bd. 2 S. 617 ff., S. 643 ff., Windscheid Pand. Bd. 3 § 582, § 584, § 586.

[2] Vgl. oben § 93 S. 606 sub 1.

[3] c. 30, 31, 36 pr. C. de inoff. test. (3. 28). c. 30 cit. pr. . . ut, sive adiiciatur testamento de implenda legitima portione sive non firmum quidem testamentum sit, liceat vero his personis . . id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere, si tamen non ingrati legitimis modis erguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator edixit. § 3 I. h. t. (2. 18) . . . de inofficiosi querela quiescente id quod iis deest . . . repletur. Nov. 115 c. 5 pr. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam s certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus iis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.

das Pflichttheilsrecht im Teſtament, oder aber durch eine donatio inter vivos oder Beſtellung einer dos verletzt worden iſt.

I. Die Verletzung des Pflichttheilsrechts im Teſtament liegt vor, wenn das Hinterlaſſene und die einzurechnenden Zuwendungen inter vivos (§ 98 S. 636 sub b) den Betrag des Pflichttheils nicht erreichen. Durch dieſe Verletzung entſteht nach Rechtsvorſchrift für den Teſtamentserben die Verbindlichkeit, den Pflichttheil sine gramine zu ergänzen und damit für den Notherben die Delation einer geſetzlichen Vermächtnißforderung (petitio legati) auf den an dem Pflichttheil fehlenden Betrag. Die Delation dieſes Vermächtniſſes erfolgt wie bei jedem andern Vermächtniß mit dem Erbſchaftsantritt des Teſtamentserben[1] und vererbt ſich ohne vorherige Vorbereitung der Klage[2], weil ſie nicht ex causa inofficiosi entſteht[3]. Die Delation giebt auch hier das Wahlrecht zwiſchen Agnition und Repudiation[4], und bewirkt auch hier noch keinen Vermögenserwerb[5]: erſt mit der Agnition wird die deferirte Forderung auf den fehlenden Betrag acquirirt und geht post moram auch auf Früchte und Schadenserſatz[6]. Dieſe acquirirte Forderung erliſcht nicht durch die vorbehaltsloſe Annahme deſſen, was dem Notherben hinterlaſſen iſt[7], und kann von ihm, wenn das nicht im Proceß über die actio familiae erciscundae ge-

---

[1] l. 7 pr. D. quando dies leg. (36. 2). Heredis aditio moram legati quidem petitionem facit. Ueber die Delation einer Vermächtnißforderung vgl. Koeppen, Der obligator. Vertrag unter Abweſenden S. 58 ff. (in v. Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 196 ff.) u. unten § 113.

[2] Vgl. § 101 S. 656 Note 1.

[3] c. 3 C. quando dies leg. (6. 53) . . . petitionem ad heredes transmisit, licet ante decesserit, quam consequeretur legatum vel fideicommissum. c. 34 i. f. C. h. t. (3. 28).

[4] l. 7 D. de leg. (30). Legatum servo delatum dominus repudiare potest. l. 18 de A. v. O. H. (29. 2).

[5] l. 6 pr. § 1 D. quae in fraud. eredit. (42. 8), l. 134 pr. D. de R. I. (50. 17), l. 28 pr. D. de V. S. (50. 16), l. 5 § 14 D. de don. i. v. e. u. (24. 1).

[6] l. 26 D. de leg. (32).

[7] Vgl. S. 667 Note 3. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 187. 357.

schieht[1], durch die s. g. actio suppletoria oder expletoria geltend gemacht werden, oder, wie man auch sagt, durch eine conditio ex l. 30 C. de inoff. testam.

Der Klagegrund für diese Klage ist nicht die letztwillige Verfügung (Erbeinsetzung, Vermächtniß), in welcher dem Notherben zu wenig hinterlassen ist[2], sondern die Forderung aus der auf der Erbschaft lastenden Vermächtnißschuld des an dem Pflichttheil fehlenden Betrages. Daher ist die Klage keine actio in rem scripta, die gegen Jeden angestellt werden kann, der erbschaftliches Vermögen besitzt[3], sondern eine actio in personam, aus der nur die Testamentserben und ihre Erben haften, oder eventuell die Universalfideicommissare, denen die Erbschaft restituirt ist[4]. Jeder Testamentserbe haftet nach Verhältniß seines Erbtheils, wenn er den angegebenen Enterbungsgrund nicht beweisen kann, oder kein Enterbungsgrund angegeben ist[5]. Sind aber unter den Testamentserben Notherben, die nur auf ihren Pflichttheil eingesetzt sind, so kann gegen diese, weil sie ihren Pflichttheil ungeschmälert behalten müssen, die actio suppletoria überhaupt nicht angestellt werden, sondern nur gegen die Testamentserben, die auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt sind oder überhaupt kein Pflichttheilsrecht haben. Dagegen Notherben, die auf ihren Intestaterbtheil

[1] Vgl. § 37 S. 231 a. E.

[2] Dieser Ansicht ist unter den neueren Juristen Puchta, Pand. u. Vorl. § 489: er nimmt an, die Ergänzungsklage sei identisch mit der Klage auf das Hinterlassene, also je nachdem der Notherbe blos durch Erbeinsetzung oder zugleich durch Vermächtniß bedacht ist, die hereditatis petitio oder die actio legati. Ueber die älteren Juristen, die sich bereits für diese Ansicht erklärten, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 22 ff., Arndts a. a. O. S. 618, von denen dieselbe mit Recht verworfen wird, weil nach der Novelle 115 (Note 4) der am Pflichttheil fehlende Betrag nur ab heredibus gefordert werden kann.

[3] Gegen diese von älteren Juristen aufgestellte Ansicht, vgl. Francke a. a. O. S. 332, Mühlenbruch a. a. O. S. 21 ff., Arndts a. a. O. S. 619.

[4] Nov. 115 c. 5 pr. . . . hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Seuffert, Arch. Bd. 33 Nr. 140 Bd. 37 Nr. 48 (R. G.); vgl. über die Anstellung dieser Klage gegen den Testamentsvollstrecker Bd. 39 Nr. 316, Bd. 49 Nr. 258 u. oben S. 585 Note 1 ff.

[5] Vgl. § 94 S. 615 sub 1 a. E.

eingesetzt sind, haften aus der actio suppletoria mit dem Betrage, um welchen dieser Erbtheil den Pflichttheil übersteigt. Sie können nicht, wie bei der querela inofficiosi testamenti, auf den Intestaterbtheil des Klägers in Anspruch genommen werden, weil die actio suppletoria nicht wie die Querel auf die Eröffnung der Intestaterbfolge gerichtet ist, sondern auf Zahlung einer gesetzlichen Vermächtnißschuld, aus der jeder Erbe nach Verhältniß seines Erbtheils obligirt ist, soweit dadurch sein Pflichttheil nicht verkürzt wird[1]. Als eine gesetzliche Vermächtnißschuld ist sie eine Erbschaftsschuld, die den vom Testator angeordneten Vermächtnissen vorgeht. Jeder mit dieser Schuld belastete Erbe hat daher von seinem Erbtheile zuerst den zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlichen Betrag in Abzug zu bringen. Die ihm vom Testator auferlegten Vermächtnisse lasten auf dem ihm verbleibenden Rest seines Erbtheils, nach dem seine Quarta Falcidia zu berechnen ist[2]. Die Verjährungsfrist für die actio suppletoria beträgt dreißig, nicht wie für die Querel fünf Jahre, weil sie sich nicht in einem inofficiösen Testament gründet; diese Frist läuft vom Erbschaftserwerb ex testamento[3].

---

[1] Manche Juristen nehmen an, daß die instituirten Notherben mit der actio suppletoria nur bis zum Betrage des Ueberschusses ihres Intestaterbtheils verklagt werden können, vgl. Francke a. a. O. S. 334, Mühlenbruch a. a. O, 29 ff. und dagegen Arndts a. a. O. S. 620, Windscheid a. a. O. § 584 Note 4.

[2] Arndts a. a. O. S. 620. A. M. Windscheid a. a. O. Note 3; er will den Erben das Recht geben, das zur Ergänzung des Pflichttheils Geleistete von den ihnen durch den Testator auferlegten Vermächtnissen verhältnißmäßig in Abzug zu bringen nach Analogie folgender für Vermächtnißnehmer geltenden Regel, die mit Vermächtnissen belastet sind: wenn der onerirte Erbe Zwecks Ergänzung seiner Quarta Falcidia einem Vermächtnißnehmer einen Abzug macht, so kann dieser von den ihm auferlegten Vermächtnissen einen verhältnißmäßigen Abzug machen, l. 32 § 4 D. ad. leg. Falc. (35. 2).

[3] Die l. 34 C. de inoff. testam. (3. 28), nach der man fünfjährige Verjährung hat annehmen wollen, handelt von der Transmission der Querel auf die Kinder; der Satz tunc etenim — competebat, welcher von der Ergänzung des Pflichttheils spricht, ist als Parenthese eingeschoben. Daher beziehen sich die Schlußworte, in denen von der fünfjährigen Verjährung die Rede ist, auf die Querel, nicht auf die actio suppletoria; vgl. Francke a.

II. Die Verletzung des Pflichttheilrechts durch eine donatio inter vivos oder durch Bestellung einer dos setzt voraus, daß diese Vergabungen, falls der Erblasser sie mortis causa gemacht hätte, den Pflichttheil verkürzt haben würden[1]. Gegen eine solche Verkürzung giebt die actio suppletoria[2] dem Notherben keinen Schutz, sondern nur gegen Verkürzung durch letztwillige Dispositionen, so daß bei der Berechnung des Pflichttheils nur das Vermögen des Erblassers zur Todeszeit, also nur der Nachlaß in Betracht kommt. Den so geschützten Anspruch kann der Erblasser dadurch vereiteln, daß er Zuwendungen, die mortis causa gemacht den Pflichttheil verletzen würden, schon bei seinen Lebzeiten macht[3]. Deßhalb steht dem Notherben noch ein zweites Rechtsmittel zu gegen Verkürzung des Pflichttheils durch Liberalitäten unter Lebenden. Dasselbe beruht auf folgender Erwägung. In dem Recht der freien Veräußerung unter Lebenden darf der Erblasser zu Gunsten seiner Notherben nicht beschränkt werden[4]. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz muß aber eintreten bei Schenkungen unter Lebenden und Dosbestellungen, die den Pflichttheil schmälern[5], mögen sie in dieser

a. O. S. 335, Mühlenbruch a. a. O. S. 33 ff., Windscheid a. a. O. Note 5.

[1] C. 3. 29 de inofficiosis donationibus. 3. 30 de inofficiosis dotibus Nov. 92. Vgl. die zu Anfang dieses Paragraphen citirte Literatur und v. Wangerow Pand. Bd. 3 § 482, Breidenbach im Arch. f. civ. Pr. Bd. 27 S. 388 ff., Bd. 28 S. 28 ff., Brinz Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 405 sub 4.

[2] Vgl. § 93 S. 605.

[3] c. 1 C. h. t. (3. 29) . . . mater vestra ad deludendam inofficiosi querelam paene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus sive in quosdum liberos sive in extraneos exhausit. c. 8 pr. C. eod. . . . invertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse. c. 5. C. eod. c. 1 C. h. t. (3. 30).

[4] l. 2 D. si quis a par. man. (37. 12) . . . iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

[5] Die Quellen nennen diese beiden Liberalitäten, durch welche der Pflichttheil nicht geschmälert werden soll. Unter donationes sind alle, auch die in einer Stiftung oder einem onerosen Rechtsgeschäft enthaltenen, Liberalitäten zu verstehen, welche eine Vermögensvergabung unter Lebenden (dum ageret in rebus humanis) in sich schließen und als solche eine Schmälerung des Pflichttheils bewirken können, wenn es nicht an dem für jede donatio

böswilligen Absicht oder so unüberlegt gemacht sein, daß ihr Einfluß auf den Pflichttheil nicht erwogen ist. In beiden Fällen hat der Erblasser pflichtwidrig gehandelt. Deßhalb ist die Schenkung oder die Dos nach Analogie eines inofficiösen Testaments eine donatio oder dos inofficiosa[1]. Die Inofficiosität macht auch hier

erforderlichen animus donandi fehlt. Seuffert Arch. Bd. 3 Nr. 356, Bd. 9 Nr. 193, Bd. 23 Nr. 152, Wendt Pand. § 364 S. 838. Dagegen bezieht sich die Vorschrift nicht auf Vermögensvergabungen auf den Todesfall: nicht auf donationes mortis causa, die soweit sie den Pflichttheil verletzen wie Vermächtnisse nichtig sind [l. 17 D. de m. c. donat. (39. 6), c. 5. 18 C. ad. leg. Falc. (6. 50), Fitting im Arch. f. civ. Pr. Bd. 50 S. 56 ff., Seuffert, Arch. Bd. 25 Nr. 253], und nicht auf Erbeinsetzungsverträge, denen gegenüber notherbberechtigte Descendenten oder Ascendenten wegen Ausschließung von der Erbfolge wie wegen bloßer Verkürzung des Pflichttheils nicht auf Rescission des Vertrages klagen können, sondern nur mit einer persönlichen Klage auf Erstattung oder Ergänzung des Pflichttheils nach Analogie der actio suppletoria, Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 36, Bd. 31 Nr. 151. Nach einer andern Ansicht sollen bei Verkürzung des Pflichttheils durch Vergabung unter Lebenden die Grundsätze der querela inofficiosae donationis analoge Anwendung finden, obwohl der Erbvertrag keine Vermögensvergabung inter vivos ist, weil nur die Anwendbarkeit der formellen Vorschriften in der Novelle 115 auf Erbverträge ausgeschlossen sei (S. 623 Note 1 a. E., S. 640 Note 2 a. E.), nicht auch die materiellen Vorschriften des röm. Notherbenrechts, Seuffert Arch. Bd. 4 Nr. 138, Bd. 40 Nr. 30 (R. G.). Eine dritte Ansicht geht dahin: dem Notherben gegenüber sind die Erbverträge den Testamenten gleich zu behandeln, so daß auch bei einem Erbvertrage die ihm zustehenden Klagen je nach der Verletzung seines Notherbenrechts nach den Regeln der querela inofficiosi testamenti oder der actio suppletoria oder der querela inofficiosae donationis zu beurtheilen sind, Hartmann, Erbverträge S. 70 ff., Seuffert Arch. Bd. 20 Nr. 147, vgl. Windscheid Pand. § 586 Note 1 a. E., Wendt, Pand. § 364 a. E.

[1] Manche Juristen fordern, daß der Schenker dolos gehandelt hat, so Mühlenbruch a. a. O. S. 74 ff., Brinz a. a. O., Dernburg, Pand. Bd. 3 § 156. Die Stellen, auf welche man sich stützt, l. 87 § 3 D. de legat. (31), c. 1. 8 C. h. t. (3. 29), Fragm. Vatic. § 270, sprechen von der Absicht der Verkürzung nur, weil sie im Zweifel vorausgesetzt werden muß, sie erklären sie aber nicht für nothwendig; in anderen Stellen ist deßhalb auch nicht von ihr die Rede (c. 3. 4. 6. 7. C. h. t.) und die c. 2 C. h. t. sagt ausdrücklich, daß eine inofficiöse Schenkung auch dann vorliegt, wenn der Schenker nur im Drange der Freigebigkeit, also frei von aller Arglist das Maß überschritten hat: si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit. Die herrschende Meinung erklärt

diese Liberalitäten nicht nichtig, aber anfechtbar[1]. Zu diesem Zweck bewirkt sie für den Notherben die Delation einer gesetzlichen Vermächtnißforderung auf den am Pflichttheil fehlenden Betrag gegen den Empfänger der Schenkung oder Dos, der die Stelle eines Onerirten einnimmt. Diese Delation ist aber, weil sie ex causa inofficiosi erfolgt, unvererblich; erst wenn der Delat den Willen, sein Recht geltend zu machen, an den Tag gelegt und damit sein Wahlrecht zwischen Agnition und Repudiation durch die Erklärung der Agnition ausgeübt hat, erwirbt er eine vererbliche Forderung[2] mit der querela inofficiosae donationis s. dotis, für die, soweit sie dasselbe Fundament hat, die Grundsätze der querela inofficiosi testamenti gelten[3].

Der Klagegrund für diese Querel ist hiernach eine gesetzliche Vermächtnißforderung auf den Betrag, den der Erblasser durch eine Schenkung oder Dosbestellung seinem Notherben vom Pflichttheil entzogen hat. Diese causa petendi muß also der verletzte Notherbe als Kläger beweisen. Dazu gehört der Nachweis, daß er nach der bestehenden Ordnung Notherbe (§ 97), und daß die fragliche Schenkung oder Dosbestellung eine inofficiöse ist. Für diese Inofficiosität und damit für die Begründung der Klage ist es irrelevant, ob der Erblasser mit einem Testament oder ab intestato verstorben ist[4], sie hat aber folgende drei Voraussetzungen[5]:

1. Die Schenkung oder die Dosbestellung muß den Pflicht-

---

sich denn auch gegen das Erforderniß der absichtlichen Verkürzung, Francke a. a. O. S. 505 ff., v. Vangerow a. a. O. sub I. 3. Windscheid a. a. O. Note 10, Seuffert Arch. Bd. 3 Nr. 356 S. 406. — Die actio Faviana und Calvisiana, welche eingeführt wurden, um das Pflichttheilsrecht des Patrons (§ 92 sub 1) gegen alle dolosen Veräußerungen seines Freigelassenen zu sichern, sind nur iure singulari ausgedehnt worden auf das anomale Pflichttheilsrecht des arrogatus impubus, stehen also andern Pflichttheilsberechtigten nicht zu, s. unten § 104.

[1] Frgm. Vat. § 270 . . . has reseindi ad inster inofficiosi testamenti

[2] Vgl. § 101 S. 656 Note 1.

[3] c. 9 C. h. t. (3. 29). Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus. c. 5 C. eod.

[4] c. 3 C. h. t. (3. 29).

[5] Arndts a. a. O. S. 643 ff.

theil verletzen in dem Moment, wo sie gemacht wird, d. h. sie muß zu dieser Zeit den Pflichttheil des Notherben im Vermögen des Gebers nicht zurücklassen. Wenn dem Notherben, trotz dieser Vergabungen sein Pflichttheil verbleiben würde, falls er zu dieser Zeit von dem Vermögen des Gebers zu berechnen wäre, so sind die Vergabungen keine inofficiösen und deßhalb unanfechtbar, mag sich auch später in Folge einer vom Willen des Gebers unabhängigen Vermögensverminderung bei seinem Tode der Pflichttheil niedriger stellen, als zur Zeit der Vergabung[1]. Freilich darf der Erblasser nach einer an sich gültigen Schenkung keine weiteren Liberalitätsverfügungen treffen, weder unter Lebenden noch auf den Todesfall, durch welche in Verbindung mit der Schenkung Pflichttheilsrechte verletzt werden — denn es kann ihm nicht gestattet sein, durch mehrere auf einander folgende Handlungen den Erfolg herbeizuführen, welchen durch eine Handlung hervorzubringen ihm verboten ist —, aber eine von seinem Willen unabhängige Vermögensverminderung kann weder die an sich gültige Schenkung nachträglich anfechtbar machen, noch dem Pflichttheilsberechtigten einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils gegen die instituirten Erben gewähren[2].

2. Die Schenkung oder die Dosbestellung muß den Pflichttheil auch beim Tode des Gebers verletzen, d. h. was ein Notherbe jetzt erhält, muß weniger betragen, als der Pflichttheil betragen hätte, wenn er von dem Bestande des Vermögens vor der Schenkung berechnet würde. Ist die durch die Zuwendung bewirkte Verletzung des Pflichttheils durch nachherige Erwerbungen des Erblassers wieder ausgeglichen, so hört damit ihre Inofficiosität, also auch ihre Anfechtbarkeit auf, wenn nicht diese Erwerbungen wieder weggefallen sind[3]. Um zu ermitteln, ob eine solche Ausgleichung stattgefunden hat, muß der Werth der Zuwendung und der Werth des Vermögens zur Todeszeit des Gebers zusammengerechnet und nach dem Gesammtwerth der Betrag des Pflichttheils zur Todeszeit bestimmt werden[4]. Enthält das, was dem Notherben beim

[1] Seuffert, Arch. Bd. 37 Nr. 49 (R. G.), Nr. 50.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 45 Nr. 107 (Hamburger O. L. G.).

[3] Schröder, Notherbenr. S. 523. Windscheid, Pand. § 586 Note 7.

Tode des Gebers unter Einrechnung der ihm selbst gemachten Schenkungen[1] zufällt, diesen Betrag, so ist er im letzten Resultat durch die Schenkung oder Dosbestellung in seinem Pflichttheil nicht verkürzt worden[2]. Zur Substantiirung der Querel gehören daher sowohl detaillirte Nachweisungen über die gesammte Vermögenslage des Erblassers zur Zeit der Schenkung und zur Zeit seines Ablebens, als auch nähere Angaben darüber, was dem angeblich verletzten Notherben aus dem Nachlaß zugefallen sei und wie hoch sich der Werth desselben[3] belaufe, aber nicht die weitere Angabe, daß nicht durch Vermehrung des Vermögens nach der Schenkung die Verkürzung des Pflichttheils wieder weggefallen sei. Die Behauptung, daß durch diese nachträgliche Vermehrung des Vermögens der Anspruch des Klägers erloschen sei, ist eine Einrede des Beklagten[4].

3. Dem Notherben muß nicht der Vorwurf schlechten Betragens vom Erblasser im Testament gemacht sein. Dieselben Gründe, welche als Enterbungsgründe im Testament angeführt werden können, geben dem Beklagten eine Einrede gegen die Querel, durch welche sie elidirt wird, wenn er die Wahrheit des Enterbungsgrundes beweist[5].

Der Beklagte für die Querel ist nur der Empfänger der Schenkung oder Dos und dessen Erbe, gleichviel ob der Empfänger ein Fremder oder ein Erbe ist[6]; gegen dritte Besitzer der zugewandten Sachen kann sie nicht angestellt werden, weil sie eine actio in personam ist[7].

---

[4] Daher kann auch eine Minderung des Pflichttheils nach der Schenkung durch Wegfall eines Notherben die Inofficiosität aufheben. (S. 630 sub II 1.)

[1] Der Grundsatz, nach welchem sich der Notherbe donationes inter vivos nicht in den Pflichttheil einzurechnen hat, die ihm nicht mit dieser Auflage gemacht sind (S. 636 sub b), findet, wenn er Schenkungen als inofficiöse angreifen will, keine Anwendung, c. 6. 7. C. h. t. (3. 29). Seuffert, Arch.Bd. 16 Nr. 233.

[2] Nov. 92 c. 1 pr. v. Bangerow a. a. O. Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 137.

[3] Seuffert, Arch. Bd. 37 Nr. 50, Bd. 36 Nr. 155.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 23 Nr. 238.

[5] Nov. 92 c. 1 § 1.

[6] Nov. 92 c. 1 pr.

[7] A. M. Glück, Comm. Bd. 7 S. 174. Brinz, Pand. § 405

Den Gegenstand der Querel bildet nur die Rescission der Zuwendung bis zur Ergänzung des Pflichttheils[1]; bei mehreren successiven Zuwendungen wird nur die rescindirt, welche erst durch ihr Hinzukommen den Pflichttheil verletzt hat[2].

Ausgeschlossen wird die Querel nach Analogie der querela inofficiosi testamenti: durch Verjährung in fünf Jahren[3], durch jede Anerkennung der Schenkung oder der Dosbestellung von Seiten des Notherben[4], und wenn der Notherbe, das, was ihm aus der Querel gebührt, auf anderem Wege erlangen kann, ohne dem Erblasser den Vorwurf der Lieblosigkeit zu machen[5]. Die Einrede des verklagten Notherben, er wolle mit der donatio inofficiosa zufrieden sein und die Erbschaft des Schenkers ausschlagen, befreit ihn von der Querel nicht[6].

Der Schenker oder Besteller der Dos selbst hat die Querel nicht, aber wo ihm Kinder nachgeboren werden, steht ihm eine

---

Note 52 unter Berufung auf das ad similitudinem oder ad exemplum querelae inofficiosi testamenti. Allein beide Klagen stehen nur darin einander gleich, daß sie dasselbe Fundament haben: die lieblose Verletzung des Pflichttheils. Nur die Grundsätze, die sich aus der Inofficiosität ergeben, haben sie mit einander gemein, sonst gelten für die querela inoff. donat. seu dotis gleiche Grundsätze wie für die actio suppletoria.

[1] c. 2. 5. 7. 8. C. h. t. (3. 29). c. un. C. de inoff. dot. (3. 30.) Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 193. Trotz der citirten Stellen, die keinen Zweifel lassen, hat man darüber gestritten, ob nicht durch die Querel die ganze Schenkung rescindirt werde, oder ob die Frage nach Verschiedenheit des Falles verschieden zu entscheiden sei, vgl. Breidenbach a. a. O., der eine Uebersicht über die aufgestellten Ansichten giebt. Heute ist man wohl darüber einverstanden, daß ursprünglich, wie die l. 87 § 3 D. de legat. (31) zeigt, der Notherbe aus der inofficiösen Schenkung nach Analogie der querela inoff. testamenti („ratio deposcit") auf seinen Intestaterbtheil klagen konnte, nach späterem Recht aber nur auf den zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlichen Betrag nach Analogie des Legataren gegenüber eintretenden Abzugs der Falcidischen Quart, vgl. mein System des Erbr. Einleit. S. 130 v. Bangerow a. a. O. sub II, Windscheid a. a. O. Note 13.

[2] Windscheid, a. a. O. § 586 Note 6.

[3] c. 9. C. h. t. (3. 29).

[4] c. 6. C. eod. Seuffert, Arch. Bd. 35 Nr. 43.

[5] c. 4. C. eod.

[6] Nov. 92 c. 1 pr. verb.: non valentibus filiis — intentionem.

selbständige actio in personam (s. g. condictio ex lege) zu, mit welcher er von dem Empfänger den Betrag zurückfordern kann, um welchen der Pflichttheil dieser Kinder durch die Zuwendung verkürzt ist[1].

B. Das Recht der Geschwister*.

§ 103.

Die Novelle 115 enthält über das Notherbenrecht der Geschwister keine Bestimmungen[2]. Für sie ist deßhalb das Recht vor der Novelle unverändert stehen geblieben[3]. Demgemäß gelten für sie nach gemeinem Recht folgende Vorschriften:

I. Notherbenrecht haben nur vollbürtige Geschwister (germani) und halbbürtige von demselben Vater (consanguinei), gleichviel ob sie noch mit dem Erblasser agnatisch oder blos cognatisch verwandt sind. Halbgeschwister von der Mutterseite (uterini)

---

[1] c. 5. C. eod. Daß diese Stelle nicht, wie Manche angenommen haben, von der querela inoff. donationis der Postumi spricht, sondern von einer Klage des Schenkers ergiebt sich aus den Worten ad patrimonium tuum revertetur. Diese Klage des Schenkers rechtfertigt die Erwägung, daß dem Postumus der Pflichttheil sicherer verbleibt, wenn ihn der Schenker sofort zurückfordern kann, als wenn er noch länger in den Händen des Beschenkten bleibt. Die Klage des Schenkers kann aber nicht die querela inoff. donat. sein, weil die Voraussetzungen derselben nicht vorhanden sind, sondern nur eine actio in personam, die nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Obligationenrechts zu beurtheilen ist. Man wird diese Klage, wenn der Schenker sie nicht anstellt, auch den nachgeborenen Kindern selbst einräumen müssen, da sie in deren Interesse dem Schenker gegeben ist. Vgl. über die bestrittene Frage Francke a. a. O. S. 519 ff., Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36 S. 56 ff., v. Bangerow a. a. O. sub I. 4 und die bei Windscheid a. a. O. Note 15 Citirten.

* Glück, Commentar Bd. 7 S. 12 ff. Francke, Notherbenrecht S. 190 ff. Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 35 S. 229 ff. Arndts Civilist. Schriften Bd. 2 S. 636 ff. v. Bangerow Pand. Bd. 2 § 474 Anm. 1 sub 3, Anm. 2. Windscheid, Pand. § 579.

[2] Vgl. § 94.

[3] Vgl. § 91. 94.

haben kein Notherbenrecht[1], obwohl ſie ein gleiches Inteſtaterbrecht haben wie die Halbgeſchwiſter von der Vaterſeite; ebenſowenig die Kinder verſtorbener Geſchwiſter[2], obwohl ſie nach der Inteſtaterbfolge neben den Geſchwiſtern berufen werden, und Kinder von verſtorbenen vollbürtigen Geſchwiſtern allen halbbürtigen Geſchwiſtern vorgehen[3]. Aus einem gleichen oder beſſeren Inteſtaterbrecht laſſen ſich keine Schlüſſe auf das Notherbenrecht ziehen[4]. Das Notherbenrecht hat neben dem Inteſtaterbrecht noch ſeine beſonderen anderweitigen Vorausſetzungen nach dem officium pietatis[5]. Aber ohne Inteſtaterbrecht haben, wie die Deſcendenten und Aſcendenten[6], auch die Geſchwiſter kein Notherbenrecht. Wenn ihnen im Fall der Inteſtaterbfolge andere Perſonen vorgehen würden, ſo werden ſie, obwohl dieſe Perſonen keine Notherben ſind, vom Notherbenrecht ausgeſchloſſen, alſo halbbürtige Geſchwiſter durch Kinder von vollbürtigen Geſchwiſtern und vollbürtige Geſchwiſter z. B. durch einen minus plene adoptatus. Dagegen durch Aſcendenten, mit denen ſie ein gleiches Inteſtaterbrecht haben, werden ſie nicht ausgeſchloſſen.

II. Das Notherbenrecht der vollbürtigen wie der halbbürtigen Geſchwiſter enthält kein Recht auf Erbeinſetzung[7], ſondern nur das Recht auf Zuwendung des Pflichttheils in irgendwelcher Form[8].

---

[1] c. 27 C. de inoff. testam. (3. 28). — Nach früherem Recht hatten die consanguinei das Notherbenrecht nur durante agnatione c. 1 C. Th. de inoff. test. (2. 19.)

[2] c. 21 C. h. t. (3. 28). § 1 i. f. I. h. t. (2. 18). l. 1 D. h. t. (5. 2)

[3] § 63 S. 403. S. 407.

[4] Aeltere Juriſten, die dies überſehen, nehmen an, den uterini müßte, da ſie durch die Novelle 118 ein gleiches Inteſtaterbrecht wie die consanguinei erhalten hätten, auch ein gleiches Pflichttheilsrecht zuſtehen, vgl. Glück a. a. O. Bd. 7 S. 12 ff., Francke a. a. O. S. 192 ff., v. Bangerow a. a. O. Anm. 1 sub 3, Windſcheid a. a. Note 2.

[5] Vgl. Einleitung S. 6 ff. und mein Syſtem S. 121, 124, 126, 127.

[6] Vgl. § 97 S. 625 sub 3.

[7] Vgl. § 94 S. 611.

[8] § 6 I. h. t. (2. 18) l. 8 § 6 D. h. t. (5. 2). c. 36 § 1 (pr.) C. h. t. (3. 28). Vgl. § 91 S. 601.

Die Größe des Pflichttheils bestimmt sich nach gleichen Grundsätzen wie für Descendenten und Ascendenten, so daß die Erhöhung des Pflichttheils durch die Novelle 18 auch für die Geschwister gilt[1], und auch sie sich dieselben Zuwendungen wie jene in den Pflichttheil einzurechnen haben, mit Ausschluß der dos und der donatio propter nuptias, deren Einrechnung voraussetzt, daß der zuwendende Erblasser Ascendent war[2].

III. Das Pflichttheilsrecht der vollbürtigen wie der halbbürtigen Geschwister ist nur ein bedingtes. Sie haben dasselbe nur: si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adsperguntur[3] d. h. wenn die eingesetzten Erben nach dem Gesetz oder nach den modernen Lebensanschauungen noch zur Todeszeit des Erblassers ihre bürgerliche Ehre bzw. ihre Unbescholtenheit verloren haben[4], und die Geschwister sich nicht in der gleichen Lage befinden[5]. Hat sich diese Bedingung erfüllt, so ist auch ihr Pflichttheilsrecht ein unbedingtes, wie das der Descendenten und Ascendenten[6].

IV. Das Pflichttheilsrecht der Geschwister wird verletzt durch unverdiente Ausschließung vom Pflichttheil und durch unverdiente Verkürzung des Pflichttheils; es erlischt, wenn sie eine verdiente ist. Gesetzliche Gründe für die Ausschließung oder Verkürzung, wie sie für Descendenten und Ascendenten durch die Novelle 115

---

[1] Vgl. § 98 S. 630 sub II. 1.

[2] c. 35 § 2. 3 C. h. t. (3. 28). Vgl. § 98 S. 636.

[3] c. 27 cit. C. h. t.

[4] Francke a. a. O. S. 194, v. Bangerow a. a. O., Seuffert Arch. Bd. 23 Nr. 151, Bd. 41 Nr. 30 (R. G.), Bd. 50 Nr. 27.

[5] c. 11 C. h. t. (3. 23).

[6] Es ist deßhalb die von manchen Juristen vertretene Ansicht nicht zutreffend, es müßten die Geschwister, weil sie nur hypothetisch ein Pflichttheilsrecht hätten, den unbedingt berechtigten Ascendenten schlechthin nachstehen, und nur, wenn solche nicht vorhanden seien, ein Pflichttheilsrecht haben, vgl. Glück a. a. O. Bd. 7 S. 12 Note 46 ff., S. 377 Note 64 ff., Puchta, Pand. § 488 Note g und dagegen Francke a. a. O. S. 203 ff. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35 S. 232 ff. v. Bangerow a. a. Anm. 2 sub 2. Windscheid, Pand. § 579 Note 8.

eingeführt sind, giebt es für die Geschwister nicht. Es entscheidet richterliches Ermessen darüber, ob sie eine verdiente ist[1]. Je nachdem sie durch gänzliche Ausschließung verletzt sind, oder durch Verkürzung mortis causa oder durch Liberalitäten unter Lebenden an eine turpis persona haben sie verschiedene Rechtsmittel.

Die gänzliche Ausschließung vom Pflichttheil bewirkt für die Geschwister die Berufung zur Intestaterfolge mit der querela inofficiosi testamenti nach den Grundsätzen des vor der Novelle 115 geltenden Rechts. Diese Grundsätze weichen von den für Descendenten und Ascendenten geltenden Vorschriften[2] nur in folgenden Punkten ab: es ist irrelevant, ob der Testator in seinem letzten Willen die Ausschließung der Geschwister erklärt und Gründe für dieselbe angegeben, oder sie präterirt hat. In beiden Fällen müssen sie, um mit der Querel zu siegen, ihr gutes Betragen beweisen, und der Beweis darf nicht durch Gegenbeweis des Beklagten entkräftet werden[3]. Sind alle instituirten Erben personae turpes und ist der Kläger der einzige nächste Intestaterbe, so wird durch das siegreiche Urtheil für ihn die Intestaterbfolge mit der Wirkung eröffnet, daß das Testament mit seinem ganzen Inhalt ungültig ist; in allen anderen Fällen wird dem Kläger nur sein Intestaterbrecht zugesprochen und im Übrigen der Inhalt des Testaments aufrecht erhalten[4]. Hiernach kann die Querel der Geschwister die stärkere Wirkung der Rescission des ganzen Testaments haben, während die Querel der Descendenten und Ascendenten immer nur zur Rescission der Erbeinsetzungen führt, alle übrigen Verfügungen des Testaments aber unberührt läßt[5]. Diese stärkere und härtere Wirkung findet ihre Rechtfertigung darin, daß das Testament, gegen welches die Geschwister klagen, durch die Einsetzung einer turpis persona überhaupt einen unsittlichen Charakter erhalten hat[6]. Im Uebrigen steht die Querel

[1] l. 3, l. 5 D. h. t. (5. 2). Vgl. § 91 S. 602 a. E.

[2] Vgl. § 101.

[3] § 91 S. 601 sub 3.

[4] Vgl. § 91 S. 602 Note 2 ff.

[5] Vgl. § 101 S. 661 Note 1.

[6] Vgl. oben § 94 S. 613 sub III. Es ist deßhalb nicht gerechtfertigt, wenn

der Geschwister der Querel der Descendenten und Ascendenten gleich; auch ihre Berufung zum Pflichttheil und die dadurch begründete Delation steht unter denselben Grundsätzen[1].

Die Verkürzung des Pflichttheils mortis causa oder durch eine donatio oder dos inofficiosa an ein turpis persona begründet auch für die Geschwister die s. g. actio suppletoria, bzw. die s. g. querela inofficiosae donationis s. dotis[2]. Die für diese Querel geltenden Grundsätze (S. 672 ff.) erleiden hier nur eine Modification: der Beklagte hat, um sich von der Haftung zu befreien, keinen gesetzlichen Enterbungsgrund nachzuweisen, es genügen andere Gründe, die nach richterlichem Ermessen die Verkürzung als eine verdiente erscheinen lassen. Bei der actio suppletoria ist dieser Nachweis unzulässig, wenn der Erblasser überhaupt keinen Grund für die Verkürzung angeführt hat (§ 94 S. 613 sub III § 102).

C. Die anomalen Pflichttheilsrechte.

1. Das Recht des arrogatus impubes auf die s. g. Quarta divi Pii*.

§ 104.

Ein arrogatus impubes hat nicht das regelmäßige Notherbenrecht der Descendenten gegen den pater arrogator. Seine Arrogation ist nur unter solchen Bedingungen und mit solchen

---

manche Juristen im heutigen Recht der Querel der Geschwister diese stärkere und härtere Wirkung haben entziehen wollen, weil es widersinnig sei, den Geschwistern als den bloß bedingten und entfernteren Notherben mehr zu gewähren, als den absoluten und näheren; so u. A. Puchta Pand. § 494 und dagegen Arndts a. a. O. S. 640 sub 8 und die von ihm Citirten.

[1] Vgl. § 101 S. 653 ff.

[2] Ausdrücklich wird diese Querel in den S. 672 ff. citirten Stellen nur Kindern und Eltern gegeben; dies ist kein Grund, sie mit Puchta Pand. § 491 Note c und Arndts a. a. O. S. 644 den Geschwistern abzusprechen, da sie ad instar inofficiosi testamenti eingeführt ist, vgl. Windscheid Pand. § 586 Note 3 und die hier Citirten.

* Francke, Recht der Notherben. S. 470 ff. v. Baugerow Pand. Bd. 1 § 252. Windscheid Pand. § 593. Mein System S. 133 ff.

rechtlichen Wirkungen zuläſſig, die, wo ſie nicht aus Zuneigung, ſondern aus Egoismus erfolgen ſollte[1], den impubes gegen Nachtheile ſicher ſtellen[2]. Zu dieſen rechtlichen Wirkungen gehört ein anomales Pflichttheilsrecht. Bei dem jugendlichen Alter des impubes könnte der Arrogator ihn leicht zu einem pflichtwidrigen Verhalten hinreißen oder zur Einwilligung in ſeine Emancipation beſtimmen und ihm auf dieſe Weiſe das regelmäßige Notherbenrecht entziehen: dort durch Enterbung, hier durch Aufhebung des vom Kindesverhältniß zum Arrogator abhängigen Inteſtaterbrechts. Soll der impubes dem nicht ausgeſetzt werden, ſo darf er auf das regelmäßige Notherbenrecht, alſo auf die querela inofficiosi testamenti, actio suppletoria und querela inofficiosae donationis nicht angewieſen ſein. Deßhalb beſtimmte Antoninus Pius: der arrogatus impubes ſoll einen Anſpruch darauf haben, daß an ihn beim Tode des Arrogators, er mag mit oder ohne Teſtament verſterben, der vierte Theil der reinen Activa des Nachlaſſes (ſ. g. Quarta divi Pii) gelangt[3]. Dieſen Anſpruch ſoll er durch Exheredation und durch willkürliche Emancipation nicht verlieren können[4], ſondern nur auf Grund einer Emancipation, die causa cognita eingetreten iſt[5].

Auf Grund dieſer Vorſchrift wird dem impubes beim Tode des Arrogators ein geſetzliches Vermächtniß auf den vierten

---

[1] l. 17 pr. § 1 D. de adopt. (1. 7).

[2] Gaius I. 102 sqq. v. Bangerow a. a. O.

[3] l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5) Constitutione divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius qui adoptavit fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est.

[4] c. 2 pr. C. de adopt. (8. 48) . . . ita ut bonorum tuorum quarta pars tam in postremo iudicio tuo, quam si a te emancipatus fuerit, ei praebeatur . . . § 3 I. h. t. (1. 11) . . . Sed etsi decedens pater eum exheredaverit vel vivus sine iusta causa eum emancipaverit, iubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere.

[5] § 3 I. h. t. (1. 11) . . . Item non alias emancipare eos potest arrogator, nisi causa cognita digni emancipatione fuerint, et tunc sua bona iis reddat. l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5) . . . si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit.

Theil der reinen Active des Nachlasses als Pflichttheil[1] deferirt[2], sofern und soweit ihm dieser Betrag nicht im Testament hinterlassen ist, oder ab intestato zufällt. Das Recht auf die Querel ist daher nach den Grundsätzen einer Vermächtnißberechtigung[3] zu beurtheilen. Seine Vererblichkeit setzt also voraus, daß der impubes den Tod des Arrogators erlebt hat, und die durch die Agnition begründete Klage (petitio quartae)[4] ist ein actio in personam gegen dessen Intestat- oder Testamentserben[5]. Der impubes kann aber auch nach seiner Wahl die Erben mit der actio familiae erciscundae utilis in Anspruch nehmen, wenn er lieber als Theilhaber an allen Activen des Nachlasses auftreten will[6]. Die querela inofficiosi testamenti kann vom impubes überhaupt nicht angestellt werden, wenn er sie auch citra adoptionem et emancipationem wegen ungehöriger Ausschließung im Testament haben würde, weil er von seinem leiblichen Ascendenten arrogirt ist[7].

---

[1] l. 1 § 21 D. de collat. (37. 6) . . . secundum divi Pii rescriptum quarta debetur . . . l. 8 § 15 D. de inoff. test. (5. 2) . . . quartam ei quasi aes alienum concedendam . . .

[2] l. 2 § 1 D. fam. erc. (10. 2). Si quarta ad aliquem ex constitutione divi Pii arrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium.

[3] Vgl. Einleitung S. 22. 23. § 113.

[4] l. 1 § 21 D. de collat. (37. 6).

[5] l. 1 § 21 cit. . . . quaestio in eo est, an heredi suo relinquat quartae actionem, an non: et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est.

[6] S. Note 2. Vgl. § 37 S. 232.

[7] l. 8 § 15 D. de inoff. test. (5. 2). Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, cum habeat quartam ex constitutione divi Pii. Quodsi egit, nec obtinuit, an quartam perdat? et puto aut non admittendum ad inofficiosum. aut si admittatur, etsi non obtinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam. M. E. enthält diese Stelle unzweifelhaft den Ausspruch, daß dem arrogatus impubes die querela inofficiosi testamenti überhaupt nicht zustehen, und daß das für sie geltende Recht auf ihn keine Anwendung finden

Die Quart ist ein Pflichttheil, der nicht wie sonst einen Theil der Intestatportion bildet, sondern vom gesammten activen Vermögen des Arrogators nach Abzug der Schulden berechnet wird (ex bonis pars quarta)[1], weil das Recht auf die Quart nicht durch ein Intestaterbrecht des impubes bedingt ist. Deßhalb ist sie auch durch die Nov. 18 c. 1 nicht erhöht worden[2].

Hat der Arrogator inter vivos sein Vermögen durch dolose Veräußerungen vermindert, so gebührt dem impubes nicht blos der vierte Theil vom Nachlaß, sondern auch von dem, was zu seinem Nachtheil veräußert ist. Darauf hat er auch die petitio quartae gegen die Erben des Arrogators. Reicht aber die Erbschaft zu seiner vollen Befriedigung nicht aus, so hat er persönliche Klagen auf Rescission der Veräußerungen in debitam partem gegen die, an welche sie erfolgt sind, auch wenn diese nicht in dolo waren. Dies sind, wenn der Arrogator mit einem Testamente verstorben ist, die actio Faviana utilis, wenn ohne Testament, die actio Calvisiana utilis[3]. Sie sind activ und passiv vererblich und verjähren in dreißig Jahren.

---

soll, wenn er sie auch, falls die Adoption oder Emancipation nicht geschehen wäre, wegen Verwandschaft mit dem Arrogator gehabt haben würde. Hätte er in diesem Fall die Wahl zwischen der Querel oder actio suppletoria und der petitio quartae, so würde er die Quarta divi Pii, die ihm das Gesetz auf alle Fälle sichern will, verlieren, wenn er jene Klage erfolglos anstellte. Francke a. a. O. 475 nimmt denn auch an, daß dem arrogatus impubes die Querel überhaupt nicht zusteht; v. Bangerow a. a. O. sub 2 und Windscheid a. a. O. Note 5, wollen sie zulassen und finden sich mit der l. 8 § 15 cit. in verschiedener Weise ab.

[1] l. 39 § 1 D. de V. S. (50. 16) Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.

[2] Nov. 18 c. 1 i. f. — Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Vgl. § 98 S. 630 sub II. 1.

[3] l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5) . . . Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est. l. 3 § 2. 3. D. eod. l. 1 § 11 D. eod. . . . in partem sibi debitam sive Faviana sive Calvisiana experietur. l. 1 § 26 D. eod. Haec actio in personam est, non in rem. l. 1 § 4 D. eod. Dolum accipere nos oportet eius, qui alienavit, non eius cui alienatum est. Diese Klagen

Mit der Mündigkeit geht der Anspruch auf die Quart unter, weil er nur gegen die Gefahren, die sich aus dem Alter der Unmündigkeit ergeben, Schutz gewähren soll. Jetzt steht der arrogirte impubes in der Adoptivfamilie in demselben Verhältniß, wie wenn er als Mündiger arrogirt worden wäre[1]

Durch die Novelle 115 hat das Recht des impubes keine Veränderung erfahren, weil durch sie nur das regelmäßige Notherbenrecht umgestaltet ist. Deßhalb kann dem impubes die Quarta divi Pii wegen eines gesetzlichen Enterbungsgrundes nicht entzogen werden, und die Rechte eines Notherben aus der Novelle 115 können ihm überhaupt nicht zustehen, wenn er auch beim Tode des Arrogators zu dessen Intestaterben gehört.

2. Das Recht der armen Wittwe*.

§ 105.

Eine Wittwe, die keine Dos hat und arm ist, soll, wenn ihr Ehemann in guten Vermögensverhältnissen starb, Testaments- wie Intestaterben gegenüber einen durch Enterbung nicht entziehbaren Anspruch auf einen bestimmten Theil seines activen Vermögens haben: auf den vierten Theil, oder aber auf einen Kindestheil, wenn der Ehemann von mehr als drei Kindern beerbt wird[2].

---

wurden eingeführt zum Schutz des Pflichttheilsrechts des Patrons gegen den Freigelassenen und später utiliter dem arrogatus impubes gegeben, vgl. Francke a. a. O. § 40. 41. Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patrons und des Parens Manumissor S. 93 ff. Leist in Glück's Comment. Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 5 S. 550 ff.

[1] v. Bangerow a. a. O. sub 3. A. M. Francke a. a. O. S. 473.

* Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5. Francke, Recht der Notherben § 38 S. 481. v. Löhr, Arch. f. civ. Pr. Bd. 22 S. 1 ff. Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts I. S. 233 ff. v. Bangerow, Pand. § 488. E. Petri, Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe. (Inaugural-Dissertation. Straßburg 1874.) Windscheid, Pand. § 593. § 574. Mein System. S. 138 ff.

[2] Nov. 53 c. 6 gab nicht blos der Wittwe, sondern auch dem Wittwer den Anspruch auf den vierten Theil und zwar stets ohne Rücksicht auf die

Dieſen Pflichttheilsanſpruch nennt man die Quart der armen Wittwe. Er hat die juriſtiſche Natur der ſ. g. Quarta divi Pii des arrogatus impubes (§ 104), der er nachgebildet iſt. Demgemäß kommen auf ihn folgende Grundſätze zur Anwendung:

1. Die Wittwe hat das Recht auf dieſen Pflichttheil nicht blos wenn Kinder, ſondern auch wenn entferntere Verwandte oder Fremde den Ehemann beerben. Das Geſetz ſpricht zwar nur von Kindern[1], aber es ſagt ausdrücklich, daß das Recht ihr auch gegen Teſtamentserben zuſtehen ſoll[2], und konnte fernerſtehenden Erben nicht vor den Kindern den Vorzug einräumen wollen, daß die Erbſchaft für ſie nicht mit dieſem Pflichttheil belaſtet ſein ſolle[3].

2. Dieſes Pflichttheilrecht hat drei Vorausſetzungen:

a) Wohlhabenheit des verſtorbenen Ehemanns[4]. Zur Wohlhabenheit iſt hier nicht erforderlich, daß der Nachlaß für die dauernde ſtandesgemäße Erhaltung der Wittwe und der Kinder ausreicht, ſie iſt ſchon dann vorhanden, wenn der Ehemann nach ſeiner bürgerlichen und geſellſchaftlichen Stellung und unter Berückſichtigung des Standes und der perſönlichen Verhältniſſe der Betheiligten als eine Perſon zu bezeichnen iſt, die ſich in guten Vermögensverhältniſſen befindet[5]. Es muß alſo namentlich auch in Betracht gezogen werden, ob durch die Theilnahme der Wittwe an der Erbſchaft die Erziehung oder das Fortkommen der Kinder gefährdet wird[6].

Zahl der Kinder, wie er nach früheren Verordnungen von Juſtinian gegen einen ſich ohne rechtlichen Grund ſcheidenden Ehegatten zuſtand. c. 11 § 1 C. de repud. (5. 17), Nov. 22 c. 18. Durch Nov. 117 c. 5 wurde dem Wittwer der Anſpruch entzogen und für die Wittwe der Antheil nach der Zahl der Kinder in der angegebenen Weiſe beſtimmt.

[1] Nov. 53 c. 6 pr. . . . huiusmodi uxorem cum filiis vocari.

[2] Nov. 53 c. 6 § 2 i. f. . . . nisi tamen vir aut legatum ei aut aliquam partem institutionis reliquerit.

[3] Windſcheid, a. a. O. § 574 Note 6.

[4] Nov. 53 c. 6 § 2 . . . et moriens quidem . . . vir . . . locuples sit.

[5] Seuffert Arch. Bd. 42 Nr. 222 (R. G.), Bd. 43 Nr. 126.

[6] Petri a. a. O. S. 12.

b) Eine rechtsbeständige Ehe bis zum Tode des Ehemannes[1]. Bei der putativen und bei der geschiedenen Ehe ist die Frau vom Nachlaß des Mannes ausgeschlossen, gleichviel ob sie oder den Mann die Schuld der Scheidung trifft. Aber irrelevant ist, ob mit der Ehe ein fortdauerndes factisches Zusammenleben der Ehegatten verbunden war, und, wenn nicht, aus welchen Gründen und durch wessen Schuld es aufgehoben wurde[2]; nur wenn die Frau sich von dem Mann mit der Absicht getrennt hat, sich von dem Ehebündniß für immer loszusagen, verliert sie ihr Recht, obwohl die Ehe de iure nach besteht[3].

c) Mangel einer Dos und Armuth der Wittwe[4]. Wenn sie eine Dos hat, aus welcher sie unter Berücksichtigung des Standes ihres verstorbenen Mannes und der ihrer Lage als Wittwe entsprechenden Einschränkungen die nothwendigen Lebensbedürfnisse zu bestreiten im Stande ist, so kann sie im Sinne des Gesetzes nicht als arm betrachtet werden. Hat sie zwar eine Dos, die aber für diese nothwendigen Lebensbedürfnisse nicht ausreicht, so ist sie im Sinne des Gesetzes ein uxor indotata und, wenn sie auch kein

---

[1] Nov. 53 c. 6 pr. . . . in statu legitimae coniugis manserint.

[2] Manche Juristen nehmen an, schon das thatsächliche Getrenntleben während der Ehe schließe das Recht der Wittwe aus; nach Andern soll es darauf ankommen, ob die Frau diese Trennung verschuldet habe, oder die Prüfung der Umstände dem richterlichen Ermessen überlassen sein, Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 165 Anm. 2 sub 8, Schirmer a. a. O. S. 233 S. 234 Note 8. Man stützt sich auf die Worte der Nov. 53 c. 6 pr. si perduraverint semper cum iis, die in der Nov. 117 c. 5 so lauten: et usque ad mortem cum ea vivens praemoriatur. Windscheid a. a. O. § 574 Note 4 u. A. nehmen an, daß jene Worte mit Rücksicht auf die voraufgehenden oben in Note 1 citirten Worte nur dahin zu verstehen sein: wenn keine Scheidung stattgefunden habe, vgl. auch Seuffert Arch. Bd. 26 Nr. 45, Bd. 49 Nr. 259 (R. G.)

[3] Dafür spricht l. un. § 1 D. unde vir et uxor (38. 11), die schon in § 62 S. 397 Note 7 erörtert ist. A. M. Windscheid a. a. O., Petri a. a. O. S. 16 ff.

[4] Nov. 53 c. 6 § 2 Haec itaque dicimus, si coniunctorum alter dotem aut antenuptialem donationem non faciens, inops . . mulier inveniatur . . . vel illa superstes pauper existat . . . Nam si

anderweitiges Vermögen für ihren Unterhalt besitzt, zugleich inops, so daß sie in der novissima inopia und extrema necessitas lebt, vor der sie durch das Recht auf die Quart geschützt werden soll. Durch den bloßen Umstand, daß sie eine dos hat, wird ihr dieses Recht ebensowenig entzogen[1], wie durch den Umstand, daß sie anderweitiges Vermögen hat, wenn sie gleichwohl nicht die zur Bestreitung der nothwendigen Lebensbedürfnisse erforderlichen Mittel besitzt[2]. Hat sie diese Mittel nur nur durch einen Alimentationsanspruch gegen ihre Eltern oder Kinder, so ist das ein Zeugniß, daß sie arm ist, weil dieser Anspruch nicht zu den bona zählt[3] und erst begründet wird, wenn man sich aus eigenem Vermögen seinen Unterhalt nicht verschaffen kann, also sich in der Lage befindet, welche der Wittwe ihren Anspruch giebt[4].

3. Die Wittwe hat kein Recht auf einen Theil der hereditas ihres Ehemannes als universitas, sondern nur auf einen Theil seines activen Vermögens. Dieser Theil besteht in der quarta pars purae substantiae[5] i. e quae pura debitis videatur, wenn der Mann nicht von Kindern[6] oder von weniger als drei Kindern beerbt wird, gleichviel ob aus der Ehe mit der Wittwe oder aus einer früheren Ehe; dagegen besteht er in einem Kindestheil, wenn der Mann von mehr als drei Kindern beerbt wird. Neben eigenen

---

aliunde forsan habeat . . . . . non erit iustum gravare filios per successionem. Nov. 117 c. 5 . . . . Si quis indotatam uxorem per affectum solum acceperit . . . sancimus . . . quartam partem ex substantia viri accipere.

[1] A. M. sind unter Berufung auf die Worte des Gesetzes v. Vangerow a. a. O. sub 1, Schirmer a. a. O. u. A. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 47: Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem l. 17 D. de legib. (1. 3).

[2] Vgl. Windscheid a. a. O. Note 5, Petri a. a. O. S. 21 ff. S. 24. Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 231 sub 1. 2, Bd. 17 Nr. 263.

[3] S. oben § 1 S. 29 Note 7.

[4] Petri a. a. O. S. 25 ff.

[5] So heißt es in c. 11 § 1 C. de repud. (5. 17) von dem Anspruch gegen den sich ohne gerechtfertigten Grund scheidenden Ehegatten.

[6] Für diesen Fall ist die Bestimmung der Nov. 53 c. 6 pr.: partem quartam eius substantiae accipere eam durch die Novelle 117 nicht geändert.

Kindern beschränkt sich das Recht an ihrem Theil auf den Nießbrauch[1]: ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur[2]. Kommt die Erbschaft an eigene Kinder der Frau und an Stiefkinder, so erhalten nur die eigenen Kinder pro rata das Eigenthum an der Quart oder dem Kindestheil der Mutter[3]. Sind Enkel oder Urenkel zur Erbschaft des Ehemannes ab intestato berufen, so müssen sie nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge in locum parentis defuncti

---

[1] Dies sind neue die Nov. 53 c. 6 abändernde Bestimmungen der Nov. 117 c. 5 verb. . . . si quidem usque ad tres habuerit liberos — ex ipsis nuptiis habuerit. Bei dieser Neubestimmung der Quote hat Justinian die alte zu Anfang der Nov. 117 c. 5 erwähnte Beschränkung, daß sie hundert Pfund Goldes nicht übersteigen dürfe (ut non transcendat hoc centum librarum auri quantitatem) nicht wiederholt. Daraus ist wohl zu schließen, daß er sie aufheben wollte. A. M. Arndts Pand. § 481 Windscheid a. a. O. Note 7 u. A., aber die Regeln, nach welchen diese Summe heute zu berechnen ist, werden nicht angegeben.

[2] Gegen die auf Grund dieses Satzes von v. Buchholtz in der Halleschen Literaturzeitung (1839(Bd. 4. S. 429 aufgestellte Ansicht, die Wittwe habe nicht den ususfructus, sondern nur den usus, vgl. Schirmer a. a. O. 237 Note 13. Die früher von v. Löhr in seinem Magazin Bd. 3 S. 377 auf jenen Satz gestützte Ansicht, die Wittwe habe an ihrem Theil nie blos den ususfructus, sondern immer das Eigenthum, aber mit der Einschränkung, daß sie es den Kindern hinterlassen müsse, jedoch unter sie nach ihrer Willkür vertheilen könne, hat er selbst wieder aufgegeben in seiner oben citirten Abhandlung im Arch. f. civ. Pr. Die irrthümliche Begründung dieser Theorie ist nachgewiesen von Petri a. a. O. S. 47 ff.

[3] Nov. 117 c. 5 . . . usum solum . . . mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Dieser Satz kann nach den voraufgehenden Worten: si quidem usque ad tres — sive ex ea sive ex alio matrimonio, nicht blos von dem Fall verstanden werden, wo blos eigene Kinder mit der Wittwe concurriren. Für die Größe des der Wittwe gebührenden Theils muß die Zahl der Kinder maßgebend sein, die mit ihr concurriren, ohne Unterschied zwischen eigenen und Stiefkindern, weil dem Erblasser beide gleich nahe stehen, aber das Recht der Wittwe an ihrem Theil muß sich nach ihrem Verhältniß zu den Kindern bestimmen, Petri a. a. O. S. 44 ff. Windscheid a. a. O. Note 9 a. E. Die Frage ist aber bestritten; über die verschiedenen Ansichten vgl. v. Bangerow a. a. O. sub 4 a. E. und die bei Windscheid a. a. O. Citirten.

succediren und die Erbschaft in stirpes theilen: die mehreren von einem verstorbenen Kinde abstammenden Enkel gelten für ein Kind. Die liberi, von denen das Gesetz spricht, sind daher Descendentenstämme, so daß der Kindestheil, den die Wittwe haben soll, ein Stammtheil ist[1]. Wird von den zunächst berufenen Erben des Ehemannes die Erbschaft nicht erworben, sondern anderen Personen deferirt, so bewirkt die neue Delation der Erbschaft auch eine neue Berufung der Wittwe, so daß erst mit dem Erwerb der Erbschaft definitiv feststeht, zu welchem Theil sie berufen ist und ob ihr an demselben der Nießbrauch oder das Eigenthum zukommt. Wenn das Gesetz sagt: si liberi ad paternam hereditatem vocantur, soll je nach Umständen die Wittwe den vierten Theil oder einen Kindestheil erhalten, so kann es durch vocare nur eine Berufung bezeichnen wollen, die den Erwerb der Erbschaft zur Folge hat[2].

4. Das Gesetz fordert nur, daß die Wittwe beim Tode des Mannes ihre pars pura debitis ex substantia viri accipit. Eine bestimmte Form, in welcher ihr dieser Theil zuzuwenden ist, schreibt es nicht vor. Daher genügt jede ausreichende letztwillige Zuwendung aus dem Vermögen des Mannes, um den Anspruch der Wittwe aufzuheben. Ist diese aber nicht erfolgt, so wird ihr lege ihre pars purae substantiae deferirt, mag der Mann ab intestato beerbt und seine Wittwe durch nähere Intestaterben vom Nachlaß ausgeschlossen sein, oder mag er ihr in seinem Testament weniger als den ihr gesetzlich gebührenden Theil hinterlassen haben[3]. Durch den Willen des Ehemannes kann ihr der gesetzliche Anspruch weder ganz noch theilweise entzogen werden, wenn bei seinem Tode die Voraussetzungen desselben existiren. Diese Delation begründet aber für die Wittwe keine Erbberechtigung, weil man auf eine pars purae substantiae ebensowenig wie auf den ususfructus an der-

[1] Petri a. a. O. S. 33 ff. Windscheid a. a. O. § 574 Note 8.

[2] Petri a. a. O. S. 44. Wenn z. B. vier eigene Kinder der Wittwe die väterliche Erbschaft repudiiren und Ascendenten oder Seitenverwandte des Mannes sie antreten, so erhält jetzt die Wittwe, statt eines Kindestheils und statt des Nießbrauchs, den vierten Theil und das Eigenthum an demselben.

[3] Nov. 53 c. 6 pr. . . . Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir, minus autem quarta parte, compleri hoc . . .

selben Erbe werden kann[1]. Aus dieser Delation entsteht vielmehr eine Vermächtnißberechtigung, auf die dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, wie auf die Vermächtnißberechtigung des arrogatus impubes zur Quarta divi Pii. Sein Recht und das Recht der armen Wittwe beruhen auf Vorschriften von ganz analoger Natur. Deßhalb darf man annehmen, daß Justinian, als er die Quart der armen Wittwe einführte, die Quarta divi Pii als Vorbild vor Augen hatte[2].

Viertes Capitel.

Die Universalsuccession des Fiscus an Erbesstatt.

§ 106.

Heredis loco succedirt der Fiscus in die bona ereptoria wegen Indignität des Erben, und unter dem Vorzuge gewisser Corporationen in die bona vacantia nach den in § 18 und 19 bzw. § 65 entwickelten Grundsätzen.

---

[1] Es fehlt gleichwohl nicht an Juristen, welche behaupten, daß sie die ihr gebührende pars als Erbin erhalte: sie geben ihr demgemäß einerseits die hereditatis petitio und beim Wegfall eines Miterben das Accrescenzrecht bis zum Betrage ihrer pars, und sie lassen andererseits ihr Recht durch ihren Tod während der Delation untergehen, Francke, Recht der Notherben S. 481 ff. Schirmer a. a. O. S. 240. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 137. Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 231. Man beruft sich dafür auf Nov. 53 c. 6 § 1, wo es heißt: wenn die Wittwe Sachen im Eigenthum hat, so haftet sie mit denselben nicht den Erbschaftsgläubigern, nisi forte secundum quod in illius iure ex hac lege heres exstiterit. Diese Worte können nur so verstanden werden: wenn der Ehemann die Wittwe, um ihr das ihr Gebührende zuzuwenden, als Erbin eingesetzt hat, und sie deßhalb ex hac lege heres extiterit, so haftet sie für die Erbschaftsschulden mit ihren Sachen. Andere Juristen, die das Erbrecht verneinen, finden in dem Schlußsatz folgenden Gedanken: die Frau hafte für die Schulden des Mannes nur bis zum Betrage ihres Viertels, deßhalb sei sie nicht eigentliche Erbin; so v. Vangerow a. a. O. sub 5, Windscheid a. a. O. Note 10. Nur wenn man übersieht, daß die pars der Wittwe keine pars hereditatis ist, kann man den § 1 cit. so auslegen.

[2] Vgl. Petri a. a. O. S. 35 ff. Bei ihm sind auch die der Wittwe aus ihrem gesetzlichen Vermächtniß zustehenden Klagen ausführlicher erörtert.

Zweites Buch.

Die Lehre von den Vermächtnissen*.

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Lehren.

I. Begriff des Vermächtnisses[1].

§ 107.

Ein Vermächtniß (legatum, fideicommissum)[2] ist eine letztwillige einseitige Liberalität aus der Erbschaft, welche ein Honorirter leisten soll, nachdem er das ihm Hinterlassene erworben hat.

Damit eine Zuwendung des Erblassers unter den Begriff eines Vermächtnisses fällt, muß sie also folgende drei Eigenschaften haben:

1) Die Zuwendung muß eine Liberalität[3] aus der Erbschaft[4] sein, aber nicht nothwendig eine donatio im engeren und eigentlichen Sinne, die eine Vermögenszuwendung voraussetzt[5].

---

* I. II. 20—25. D. XXX—XXXVI. XXIX. 7. C. VI. 36—54. Arndts in Glück's Comment. Bd. 46—48 Abth. 1. 2, fortgesetzt von Salkowski Bd. 49. Fein ebenda Bd. 44. 45. Brinz, Lehrb. d. Pand. (2. Aufl.) Bd. 3 § 412 ff. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 623 ff. Dernburg Pand. Bd. 3 § 98 ff.

[1] Hartmann, Begriff und Natur der Vermächtnisse im röm. Recht. 1872.

[2] Ueber die geschichtliche Entwickelung des Vermächtnißrechts in Form des legatum und fideicommissum und über die Ausgleichung des Unterschiedes zwischen beiden durch Justinian in c. 2 C. communia de legatis et fideicommissis (6. 43), vgl. mein System S. 74 ff. u. Hölder, Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechts S. 72 ff.

[3] § 1 I. de leg. (2. 20) Legatum . . est donatio quaedam a defuncto relicta.

[4] l. 116 pr. D. de leg. (30) Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

[5] Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 365.

Jede Gabe, zu welcher der Geber rechtlich nicht verpflichtet ist, ist eine Liberalität[1], die vermacht werden kann, obwohl sie keine Vermögensveräußerung an den Empfänger bewirkt, sofern sie einen Vortheil zu gewähren vermag, der geschuldet werden kann[2]. Hier macht das Vermächtniß, das Singular- wie das Universalver-

---

[1] l. 29 pr. D. de donat. (39. 5) Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.

[2] c. 14 C. de leg. (6. 37) Monumenta quidem legari non posse manifestum est, ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur. Grabdenkmäler können nicht vermacht werden, weil sie nicht zur Erbschaft gehören, aber die Begräbnißrechte können als veräußerliche Rechte geschuldet und deßhalb vermacht werden, obwohl sie keine Vermögensrechte sind, vgl. S. 34 Note 1. 3. 4. Auch ein Pfandrecht kann vermacht werden, obwohl die Bestellung desselben dem Gläubiger nur mehr Sicherheit für seine Forderung giebt, aber nicht mehr Vermögen, als er schon in seiner Forderung hat, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 286 ff. Auch eine Schuld kann vom Erblasser seinem Gläubiger, insbesondere die schuldige dos seiner Frau vermacht werden (legatum debiti, dos praelegata), weil die Zuwendung der Schuld durch Vermächtniß besondere Vortheile gewähren kann, vgl. § 136 sub 2, § 132 sub 3. Aber eine Gabe, durch die nach ihrer Beschaffenheit der Empfänger keinen Vortheil irgend einer Art erhalten kann, ist keine Liberalität (donatio), deßhalb kann sie nicht vermacht werden, weil sie nicht geschuldet werden kann. Es kann einem Legatar auferlegt werden, das Vermachte an einen Nachlegatar herauszugeben, weil ihm auch ein solches Vermächtniß einen Vortheil gewähren kann; dasselbe bleibt beim Legatar, wenn es der Nachlegatar nicht erwirbt. Ist aber die Person, die das Vermachte leisten soll, nur ein minister d. i. nur ein Gehülfe bei der Leistung des Vermachten, so existirt für sie kein Vermächtniß, weil für sie keine Liberalität existirt, l. 17 pr. D. de leg. (31). Ohne donatio giebt es kein Vermächtniß. A. M. Hartmann a. a. O. S. 11. 25 u. im Arch. f. civil. Pr. Bd. 70 S. 169 ff. und Windscheid a. a. O. § 623 Note 5. Beide nehmen, namentlich unter Bezugnahme auf l. 17 pr. cit. und l. 88 § 1 D. eod., an, daß eine Liberalität nicht zum Wesen des Vermächtnisses gehöre. Hartmann betrachtet das Vermächtniß als eine zu beliebigen Zwecken verwendbare Rechtsform und nach Windscheid's Ansicht läßt sich der Begriff des Vermächtnisses nur in negativer Weise dahin bestimmen: ein Vermächtniß ist eine Zuwendung von Todeswegen, welche weder Erbeinsetzung noch Schenkung von Todeswegen ist. Gegen beide vgl. Brinz a. a. O. § 412 Note 3 u. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 98 sub I.

mächtniß[1], dieſe Gabe zu einer Erbſchaftsſchuld (onus hereditarium)[2], die durch den Eintritt der Erbfolge[3] wie durch die Solvenz der Erbſchaft[4] bedingt iſt und aus der die Verpflichtung des Onerirten quasi ex contractu[5] ſich auf den Betrag beſchränkt, den er vom Erblaſſer erhalten hat[6]. Nur die Schuld des Erben aus Singularvermächtniſſen hat Juſtinian unter die Vorſchriften über das beneficium inventarii geſtellt[7]; iſt dieſen nicht genügt, ſo kann er ſich nicht auf die Inſufficienz der Erbſchaft berufen[8].

2) Die Zuwendung, welche unter den Begriff des Vermächtniſſes fallen ſoll, muß eine letztwillige und einſeitige Liberalität ſein[9]. Durch dieſe beiden Momente unterſcheidet es ſich von der mortis causa donatio, die von der Thatſache abhängig gemacht iſt, daß der Schenker den Beſchenkten nicht überlebt. Sie hat denſelben Zweck wie das Vermächtniß, aber ſie erreicht ihn auf anderem Wege. Sie iſt auch eine Liberalität, die Einzelnes oder ein ganzes Vermögen oder eine Vermögensquote zum Gegenſtande haben kann, aber ſie gewährt dieſe Liberalität nicht durch einen einſeitigen letzten Willen, ſondern durch

---

[1] Vgl. Einleitung S. 20 ff.

[2] l. 5 § 1 D. quando dies leg. (36. 2) . . si purum legatum est, ex die mortis dies eius cedit. l. 213 pr. D. de V. S. (50. 16). Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam. l. 40 D. de O. et A. (44. 7) Hereditariarum actionum loco habentur legata.

[3] l. 21 § 1 D. quando dies leg. (36. 2). Einleitung S. 22 Note 1.

[4] l. 17 D. de m. c. donat. (39. 6). Einl. S. 22 Note 3.

[5] § 5 I de oblig. quasi ex contr. (3. 27).

[6] l. 114 § 3 D. de leg. (30). Einl. S. 22 Note 4.

[7] Vgl. § 34 S. 216.

[8] Dieſe Grundſätze gelten auch für die ſ. g. geſetzlichen Vermächtniſſe, die keine Liberalitäten ſind: für das Recht der unehelichen Kinder auf den ſechsten Theil der erbſchaftlichen Activa (§ 61 a. E.), für das Recht auf die Quarta divi Pii § 104) und für das Recht der armen Wittwe auf ihren Antheil an den hinterlaſſenen Activen ihres Ehemannes (§ 105).

[9] l. 36 D. de leg. (31). Legatum est donatio testamento relicta.

ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches sich inter vivos vollzieht (praesens praesenti dat). Deßhalb gelten nur die Vorschriften, die sich in dem Zweck der Vermächtnisse gründen, auch für die m. c. donatio, nicht auch die, welche ihren Grund haben in der Natur des Vermächtnisses als eines einseitigen letzten Willens[1]. Die Gabe aus dem Vermächtniß ist eine vom Erblasser angebotene, vom Bedachten nicht acceptirte. Deßhalb ist das Vermächtniß bis zum Tode des Erblassers widerruflich[2], die Berufung des Bedachten wirkt für ihn erst nach dem Tode des Erblassers, und diese Wirkung beschränkt sich auf die Delation des Vermächtnisses, die ihm die Vermächtnißberechtigung (petitio legati) d. i. das Wahl- und damit das Deliberationsrecht zwischen Agnition und Repudiation des Vermächtnisses giebt; erst mit der Ausübung dieses Rechts durch die Agnition erfolgt die Acquisition des Vermächtnisses, welche das Vermächtnißrecht begründet d. i. die Forderung auf die die Erbschaft belastende Vermächtnißschuld[3]. Dagegen die Gabe aus der m. c. donatio wird im Moment, wo der Erblasser sie anbietet, vom Beschenkten acceptirt. Deßhalb kann die m. c. donatio auch als eine unwiderrufliche errichtet werden[4], die beim Tode des Schenkers keine Delation, sondern sofort die Acquisition des geschenkten Gegenstandes bewirkt. Besteht der Gegenstand in dem ganzen Vermögen oder in einer Vermögensquote des Schenkers, so erfolgt die Acquisition nicht durch Universalsuccession des Beschenkten, wie beim Universalvermächtniß, sondern wie bei Schenkungen des ganzen Vermögens inter vivos nach dem Satz: non plus est in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno. Insolvenz des Nachlasses macht daher wie das Vermächtniß auch die m. c. do-

---

[1] Einleitung S. 23 Note 3 ff. S. 24 Note 2 ff.

[2] l. 4 D. de adim. v. transf. leg. (34. 4). Einleitung S. 4 Note 4.

[3] Einleitung S. 22 Note 5. 6, S. 23 Note 1. 2.

[4] l. 13 § 1, l. 35 § 4 D. de m. c. don. (39. 6). S. unten § 142. vgl. § 66 S. 421. 422 Note 1 ff.

natio ungültig[1]. Nach heutigem Recht giebt es auch vertragsmäßige Vermächtnisse, die als solche stets unwiderruflich sind[2].

3) Die Zuwendung, welche unter den Begriff des Vermächtnisses fallen soll, muß eine letztwillige Liberalität sein, welche von einem Honorirten zu leisten ist, nachdem er das ihm Hinterlassene erworben hat. Was ein Honorirter, um das ihm Hinterlassene erwerben zu können, an einen Andern leisten muß, ist kein Vermächtniß, sondern ein m. c. capio im e. S.[3] Unter diesen Begriff fällt das conditionis implendae causa datum d. i. die Leistung, die ein unter einer Bedingung Honorirter zur Erfüllung dieser Bedingung an einen Andern zu machen hat[4]. Diese Leistung ist keine Gabe aus der Erbschaft[5] und wird dem, der sie erhalten soll, nicht deferirt mit dem Wahlrecht zwischen Agnition und Repudiation, sondern der Honorirte hat die Wahl, ob er die Bedingung erfüllen will oder nicht; wird die Erfüllung von dem, dem sie einen Vortheil gewähren sollte, verhindert, weil

---

[1] Einleitung S. 23 ff.

[2] Sie können nicht blos in einem Erbvertrage errichtet werden, sondern auch in einem s. g. Vermächtnißvertrage, durch welchen nur Vermächtnisse vergeben werden. Vgl. Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten S. 73 ff. und die Literatur bei Windscheid a. a. O. § 632.

[3] Im weiteren Sinne heißt m. c. capio jeder Erwerb, der durch den Tod einer Person veranlaßt wird, mit Ausnahme der Zuwendungen auf den Todesfall, die einen besonderen Namen haben, wie die Erbeinsetzungen, die Vermächtnisse und die m. c. donatio, l. 31 pr. D. de m. c. donat. (39. 6). Dieser weitere Begriff umfaßt die Erwerbungen, die nicht auf letztwilliger Liberalität beruhen, sondern auf einer Verabredung der bei der Beerbung interessirten Personen, z. B. der Erwerb des Geldes, welches der Erbe erhält, damit er die Erbschaft ausschlage oder antrete, l. 8 pr., l. 21, l. 31 § 2 D. h. t., l. 24 D. de A. v. O. H. (29. 2), Seuffert, Arch. Bd. 24 Nr. 135; andere Fälle bei Schlagintweit in v. Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 6 S. 330 ff. Eine gemeinsame Theorie giebt es für die Fälle der m. c. capio im w. S. nicht, vgl. Windscheid a. a. O. § 677 Note 11.

[4] l. 8 D. si quis om. c. testam. (29. 4). l. 44 pr. § 1 D. de condit. (35. 1). l. 8 pr. D. de m. c. donat. (39. 6). Schlagintweit a. a. O. S. 321 ff.

[5] l. 36 pr. D. l. c. (39. 6). . . . non ex bonis mortui proficiscitur.

er auf diesen Vortheil verzichtet, so gilt die Bedingung als erfüllt[1]. Aber diese Gabe ist, wie ein Vermächtniß, eine Liberalität. Deßhalb gelten für sie dieselben Grundsätze, wie für die Vermächtnisse in folgenden Beziehungen: hinsichtlich der testamenti factio und Capacität[2], der Quarta Falcidia[3], der Indignität[4] und der Belastung mit Vermächtnissen[5], aber nicht schlechthin hinsichtlich des Notherbenrechtes[6].

Nach den allgemeinen Grundsätzen, die für alle letztwilligen Zuwendungen maßgebend sind, muß das Motiv eines Vermächtnisses Wohlwollen für den Honorirten sein[7]. Dies Motiv vermißte das alte Recht bei den legata poenae nomine relicta, die einem Honorirten zur Strafe auferlegt sind, unter der Bedingung, daß er etwas thun oder unterlassen werde; deßhalb erklärte es sie für ungültig[8]. Justinian hat diese Vorschrift aufgehoben, weil der Testator in der Freiheit, seinen letzten Willen durch Vermögensstrafen zu erzwingen, nicht beschränkt werden darf, wenn der Wille nicht auf etwas Ungesetzliches, Unsittliches oder Unmögliches gerichtet ist, und weil der Umstand, daß das Vermächtniß zur Strafe auferlegt ist, nicht ausschließt, daß es dem Bedachten aus Wohlwollen zugewandt wurde[9].

---

[1] l. 24 (23) D. de condit. (35. 1). Puchta, Pand. § 60 Note f.

[2] l. 9. l. 36 pr. D. h. t. (39. 6). A. M. Javolenus in l. 55 D. de condit. (35. 1).

[3] c. 18 C. ad leg. Falc. (6. 50). Vgl. § 119. S. 754 Note 8.

[4] l. 5 § 18 D. de his quae ut ind. (34. 9).

[5] Vgl. § 108 S. 700 Note 6.

[6] A. M. Windscheid a. a. O. § 677 Note 7; vgl. gegen ihn § 98 S. 634 Note 4. 5.

[7] Vgl. § 73 S. 473 sub II.

[8] Gaius II. 235. 243. 288.

[9] c. un. C. de his quae poenae nomine (6. 41). § 36 I. de leg (2. 20).

II. Errichtung der Vermächtnisse.

1. Subjecte.

§ 108.

Zur Errichtung eines Vermächtnisses gehören drei Subjecte: ein Erblasser, der es anordnet (der Vermächtnißgeber), ein Onerirter, der mit dem Vermächtniß belastet ist (der Vermächtnißträger) und ein Honorirter, dem das Vermächtniß zugewandt ist (der Vermächtnißnehmer). Für diese Subjecte gelten folgende Grundsätze:

I. Der Erblasser muß testamenti factio activa haben: wer sich keinen Erben ernennen kann, kann sich auch keinen Vermächtnißnehmer ernennen[1]. Wird das Vermächtniß im Testament oder Codicill errichtet (§ 109), so muß der Erblasser die Testirfähigkeit zur Zeit der Errichtung haben. Durch den Erwerb der Testirfähigkeit nach der Errichtung wird das Vermächtniß nicht gültig[2], wohl aber, wenn der Erblasser nach der gültigen Errichtung die Testirfähigkeit durch Arrogation oder Legitimation verloren und nach seiner Befreiung von der patria potestas sein Testament oder Codicill bestätigt hat[3]. Wird das Vermächtniß formlos als s. g. fideicommissum orale (§ 109 II) errichtet, so genügt die Fortdauer des Errichtungswillens bis zum Erwerb der Testirfähigkeit: dann gilt es als ein in diesem Moment errichtetes (fideicommissum quasi nunc datum[4]).

II. Der Onerirte kann Jeder sein, der mortis causa durch den Willen des Erblassers direct oder indirect eine

---

[1] l. 2 D. de leg. (30). Sciendum est eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent.

[2] l. 1 § 1 i. f. D. de leg. (32).

[3] Vgl. S. 432 l. 8 § 3 D. de iure codic. (29. 7) u. § 1 I. de codic. (2. 25).

[4] l. 1 § 1 D. de leg. (32). l. 1 § 5 D. eod. Nach altem Recht war auch das Codicill ein formloses Geschäft, vgl. pr. I. de codic. (2. 25) und mein System S. 84 ff.

Zuwendung als Liberalität erhält[1]: der Teſtamentserbe, der geſetzliche Erbe[2], der Fiscus, dem heredis loco die Erbſchaft als bonum vacans zufällt[3], der Vermächtnißnehmer[4], der m. c. Beſchenkte[5], wer etwas conditionis implendae causa empfing[6] und die Erben aller dieſer Perſonen[7].

Iſt der Onerirte nicht genannt, ſo ſind mit dem Vermächtniß belaſtet der Erbe oder die mehreren Erben pro portionibus hereditariis[8]. Iſt einem Theil der Erben unter namentlicher Aufzählung derſelben das Vermächtniß auferlegt, ſo kann ſich daraus die Abſicht des Erblaſſers ergeben, daß ſie nicht zu Erbtheilen, ſondern zu Kopftheilen belaſtet ſein ſollen[9]. Sind ſämmtliche Erben ſchlechthin als die Onerirten bezeichnet, ſo haften ſie nach Erbtheilen; hat aber der Erblaſſer die einzelnen Erben unter Anführung ihres Namens mit dem Vermächtniß belaſtet, ſo kann das mit dem Willen geſchehen, daß ſie nach Kopftheilen haften

---

[1] l. 1 § 6 D. de leg. (32). Sciendum est autem eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum iis datur vel dum iis non adimitur. Wer etwas durch den Tod des Erblaſſers, aber nicht durch deſſen Willen erhält, kann nicht belaſtet werden, l. 6 § 1 D. de leg. (32), c. 31 C. de fideic. (6. 42), ebenſowenig derjenige, der durch die Zuwendung nichts ex lucrativa causa erhält: Paulus R. S. IV. 1. § 1. ab uxore, cui vir dotem praelegavit.

[2] l. 1 § 7—9 D. de leg. (32). l. 3 pr. § 1, l. 8 D. de iure codic. (29. 7). Nach heutigem Recht auch der Vertragserbe, vgl. Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen S. 55 ff.

[3] l. 114 § 2 D. de leg. (30).

[4] pr. I. de sing. reb. (2. 24). Legata konnten nach altem Recht nur einem Teſtamentserben auferlegt werden, Gaius II. 269 sqq., vgl. mein Syſtem S. 80 ff.

[5] l. 77 § 1 D. de leg. (31).

[6] l. 96 § 4 D. de leg. (30).

[7] l. 5 § 1 l. 6 pr. D. de leg. (32). l. 15 D. de lib. leg. (34. 3).

[8] l. 33 pr. D. de leg. (31).

[9] l. 54 § 3 D. de leg. (30). Pomp. l. 8 ad Sab. Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes, hereditarias.

sollen[1]. Im Zweifel ist bei der Interpretation überall die Haftung nach Erbtheilen als gewollt anzunehmen[2]. Mehrere Onerirte, die nicht Erben sind, haften zu gleichen Theilen, und mehrere alternativ Onerirte sind Correalschuldner[3].

III. Der Honorirte muß testamenti factio passiva haben: wer unfähig ist als Erbe bedacht zu werden, kann auch nicht als Vermächtnißnehmer bedacht werden[4]. Diese Regel erleidet aber zwei Ausnahmen: Personen, die beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt sind[5], und erbunfähigen Corporationen können Vermächtnisse zugewandt werden[6].

Bei einem Vermächtnisse, welches mehreren Personen zum Vortheil gereicht, ist der Honorirte nur diejenige Person, welcher der Erblasser einen Vortheil zuwenden wollte[7]: z. B. mein

---

[1] l. 124 D. de leg. (30). Nerat. l. 5 menbran. Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent.

[2] l. 17 D. de duob. reis (45. 2). Paul. l. 8 ad Plaut. Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus Sabinus Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat; idem est cum omnes heredes nominantur. Diese Stelle und die in den beiden vorigen Noten citirten enthalten nur Anweisungen für die Interpretation des Willens des Erblassers, wollen also nur angewandt sein, wenn sich im concreten Fall kein widersprechender Wille ergiebt. Sie stehen deßhalb auch nicht miteinander in Widerspruch, wie Windscheid a. a. O. § 626 Note 11 annimmt. Ueber die unfruchtbaren Vereinigungsversuche vgl. v. Bangerow a. a. O. § 521 Anm. 3, Arndts in Glück's Commentar Bd. 47 S. 228 ff.

[3] l. 8 § 1 D. de legat. (30). l. 25 pr. D. de leg. (32).

[4] § 24 I. de legat. (2. 20).

[5] l. 32 § 6 D. de legat. (31). Vgl. § 3 S. 67 ff., Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 174.

[6] Vgl. § 3 S. 66. Ueber eine durch Vermächtniß zu errichtende Stiftung vgl. Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 4 und Arndts a. a. O. Bd. 46 S. 413 ff., dazu § 74 S. 484 Note 5 ff. über die Errichtung einer Stiftung durch Erbeinsetzung.

[7] l. 11 § 20—22 D. de legat. (32). l. 3 § 4 D. de lib. leg. (34. 3).

Erbe soll die Schuld des X an den Y bezahlen[1]. Soll aus einer bestimmten Gesammtheit von Personen Einem nach der Wahl des Onerirten ein Vermächtniß geleistet werden, so sind, wenn die Wahl nicht in angemessener Frist erfolgt, Alle, welche dieser Gesammtheit angehören, zu gleichen Theilen honorirt[2]. Die Verfügung des Erblassers, ein gewisses Vermögensstück solle in seiner Familie bleiben, enthält unter der Bedingung, daß der Empfänger es inter vivos oder mortis causa aus der Familie herausbringt, ein Vermächtniß dieses Vermögensstücks an die Familienglieder des Testators[3]: an erster Stelle an die Verwandten des nächsten Grades, eventuell an den sie überlebenden Ehegatten[4].

Hat der Erblasser mehrere Personen alternativ bedacht und dem Onerirten das Wahlrecht gegeben (Titio aut Seio dato, utri volet), so werden, wenn er die Wahl bei seinen Lebzeiten nicht trifft, die Honorirten Correalgläubiger[5]; ist aber dem Onerirten das Wahlrecht nicht gegeben (Titio aut Seio dato), so ist nach Justinians Vorschrift des aut als et zu verstehen[6]. Ist ein und derselbe Gegenstand (eadem res) als Ganzes mehreren Personen zusammen vermacht, gleichviel ob in demselben Satze (coniunctim) oder in verschiedenen Sätzen (disiunctim), so sind sie als Kollegatare zu gleichen Quoten honorirt, und die von

---

[1] l. 8 § 5 D. de lib. leg. (34. 3). Andere Fälle in l. 11 § 21 D. de leg. (32), l. 49 § 5. 6 D. de leg. (30) l. 69 § 2 D. eod. Arndts a. a. O. S. 472 ff.

[2] l. 17 § 1 D. de leg. (31). Si heres damnatus esset decem uni ex libertis dare et non constituerit cui daret, heres omnibus eadem decem praestare cogendus est. l. 24 D. eod. . . . si neminem eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri. l. 21 § 1 D. de statulib. (40. 7). l. 67 § 7, l. 77 § 4 D. de leg. (31). . . . viriles autem inter eos fieri. Arndts a. a. O. S. 462 ff. Leist in Glück's Comment. Serie der Bücher 37—38, Bd. 4 S. 585.

[3] l. 69 § 3 D. de leg. (31). l. 114 § 14 D. h. t. (30).

[4] c. 5 C. de V. S. (6. 38). Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 209. 210.

[5] l. 16 D. de leg. (31). Arndts a. a. O. S. 453 ff.

[6] c. 4 C. de V. S. (6. 38). Arndts a. a. O. S. 455 ff. Windscheid, Pand. § 625 Note 11.

einem Kollegatar nicht erworbene Quote accrescirt den übrigen [1]. Wo die Verfügung disiunctim getroffen ist, muß aber durch Interpretation festgestellt werden, ob der Erblasser nicht etwa der einen Person den vermachten Gegenstand in natura, der andern den Werth desselben zuwenden [2], oder ob er nicht durch die Zuwendung an den Zweiten das Vermächtniß an den Ersten widerrufen wollte [3]. Ist derselbe Gegenstand Einigen coniunctim und außerdem einem Andern disiunctim vermacht (Titio et Seio fundum Cornelianum de lego. Macvio fundum Cornelianum de lego), so gelten die coniunctim Genannten für Eine Person [4]. Hat aber der Erblasser denselben Gegenstand zuerst einer Person ganz und dann einer andern Person zum Theil vermacht, so erhält jene nur den verbleibenden Rest [5].

Mehrere schlechthin mit einem Vermächtniß bedachte Personen sind zu gleichen Theilen honorirt [6], im Zweifel auch mehrere Erben nicht nach Erbtheilen [7]. Das Vermächtniß an einen von mehreren Erben kann, wie allen oder einzelnen Miterben, auch jedem Andern auferlegt werden, der fähig ist, Onerirter zu sein. Sind mit diesem Vermächtniß ausdrücklich die sämmtlichen Erben belastet, oder stillschweigend, weil der Erblasser die Onerirten nicht

---

[1] § 8 I. de leg. (2. 20). Si eadem res duobus legata sit sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: „Titio et Seio hominem Stichum do lego", disiunctim ita: „Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego"; sed et si expresserit: „eundem hominem Stichum" aeque disiunctim legatum intelligitur.

[2] Im Zweifel ist dies aber nicht anzunehmen: l. 33 D. de leg. (30). c. un. § 11 C. de caduc. toll. (6. 51). Iustinian . . . Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim disposuerit. . . . Ueber das alte Recht beim Damnationslegat vgl. Gaius II. 205. Arndts a. a. O. S. 476 ff.

[3] l. 34 pr. D. de leg. (30).

[4] l. 34 pr. i. f. l. c. Arndts a. a. O. S. 506 ff.

[5] c. 23 pr. C. de leg. (6. 37). Arndts a. a. O. S. 517 ff.

[6] l. 19 § 2 D. de leg. (30). l. 88 § 6 D. h. t. (31).

[7] l. 67 § 1 D. de leg. (30).

bezeichnet hat, so ist mit demselben auch der honorirte Erbe zu einer Quote belastet. Ein solches Vermächtniß heißt ein Prälegat[1] oder Vorvermächtniß[2].

Füs das Prälegat gilt der Satz: heredi a semet ipso inutiliter legatur[3] d. h. einem Erben kann kein Vermächtniß an sich selbst auferlegt werden, da er die Forderung aus dem Vermächtniß nicht gegen sich selbst erwerben kann. Das Prälegat ist daher ein vitiöses Vermächtniß. Es wird aber durch dieses Vitium nicht von vornherein für den Erbtheil des Prälegatars nichtig[4], weil dadurch, daß er nicht Erbe wird, eine Modifikation eintreten kann und letztwillige Dispositionen möglichst aufrecht zu erhalten sind[5].

---

[1] In den Quellen wird das Wort praelegare in dieser Bedeutung gebraucht, aber es hat auch andere Bedeutungen; das Substantivum praelegatum kommt nicht vor, vgl. Brisson. s. v. praelegare, Arndts a. a. O. Bd. 47 S. 22 ff.

[2] Die heutige Doctrin bezeichnet als Vorvermächtnisse oder Prälegate im weiteren Sinne (praelegatum improprium) auch Vermächtnisse zu Gunsten eines Erben, die den Miterben oder Dritten auferlegt sind, obwohl auf sie die gewöhnlichen Grundsätze über die Vermächtnisse Anwendung finden, nur mit der Modification, daß sie im Proceß über die actio familiae erciscundae geltend gemacht werden können, vgl. § 37 S. 232 Note 1. Gegenstand einer besonderen Lehre und Literatur ist nur das oben definirte Prälegat im engeren und eigentlichen Sinne. Hervorzuheben sind folgende Schriftsteller: v. Buchholtz, Die Lehre von den Prälegaten (1850); v. Vangerow, Arch. f. civil. Pr. Bd. 35 S. 260 ff. und Lehrbuch d. Pand. Bd. 2 § 523. Arndts in Glück's Comment. Bd. 47 S. 1 ff. Kretschmar, Die Natur des Prälegats nach röm. Recht. (1874). Brinz, Pand. § 423a und die bei Windscheid, Pand. Bd. 3 § 627 Citirten.

[3] l. 116 § 1 D. de leg. (30). l. 34 § 11 D. eod. Gegen Clausen in der Schleswig-Holstein. jurist. Zeitschrift Jahrgang 1845 Heft I S. 144 ff., der diesen Satz als ein falsches Dogma der röm. Juristen betrachtet, vgl. v. Vangerow a. a. O.

[4] In l. 18 § 2 D. de his quae ut indign. (34. 9) heißt es: non consistit legatum heredi relictum pro parte eius hereditaria.

[5] l. 17 § 2 D. de leg. (30) . . . si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat; l. 18 D. eod. et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset. l. 87 D. eod. . . . durissima sententia est existimantium denegan-

Deßhalb hängt das Schickſal der auf ſeinem Erbtheil laſtenden Vermächtnißquote von einer conditio iuris ab, davon, ob und wie er das durch ſeine Berufung als Erbe begründete Wahlrecht zwiſchen Annahme und Ablehnung ſeines Erbtheils ausübt[1]:

a) Repudiirt er ſeinen Erbtheil oder macht er als heres suus vom beneficium abstinendi Gebrauch, ſo wird dadurch das Vitium aufgehoben: ſein Erbtheil kommt jetzt mit der auf ihr laſtenden Quote des Prälegats an ſeinen Subſtituten oder durch Accrescenz an die Miterben, deßhalb kann der Prälegatar das ganze Vermächtniß fordern[2]. Wie die Abſtinenz, die aber widerruflich iſt[3], wirkt auch die in integrum restitutio gegen den Antritt und die Entziehung des Erbtheils wegen Indignität, wenn

---

dam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate. l. 91 § 2 D. eod. . . . si heres, cui legatus fuerat, hereditatem non adiisset, solidum ab altero herede consequi possit.

[1] Aus dieſem Grunde kommt auf das Prälegat weder die regula Catoniana (§ 111) zur Anwendung, noch der Satz: quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, l. 29 D. de R. I. (50. 17). Der hier vertretenen Auffaſſung ſtehen heute folgende beiden Anſichten gegenüber: die ſ. g. Erfolgs- oder Evanescenztheorie, nach welcher es erſt vom Erfolge abhängt, ob das Prälegat pro parte hereditaria zuſammenfällt (evanescit), und die ſ. g. Convalescenztheorie, nach welcher das Prälegat zu dieſer pars von vornherein nichtig iſt, aber convalescirt, wenn der Prälegatar, der den dies cedens erlebt hat, nicht Erbe wird. Für die erſte Theorie erklären ſich namentlich Arndts a. a. O. S. 103 ff., Brinz, a. a. O. Note 4 und die von ihnen Citirten, für die zweite v. Bangerow a. a. O., Kretſchmar a. a. O. S. 29 ff., S. 224 ff., Windſcheid a. a. O. Note 4 ff. und die von dieſen Citirten. Keine dieſer beiden Theorien hat einen befriedigenden Grund nachgewieſen, weßhalb nach der S. 706 in Note 3 abgedruckten l. 75 § 1 D. de leg. (31) bei vor dem Erbſchaftsantritt, aber nach dem dies legati cedens erfolgten Tode des Prälegatars nur der Theil des Prälegats auf ſeine Erben übergeht, den die Miterben zu leiſten haben, nicht das ganze Legat, wie es nach den S. 704 in Note 5 citirten Stellen der Fall iſt, wenn der Prälegatar ſeinen Erbtheil durch Abſtinenz oder Repudiation ablehnt. Nach Dernburg Pand. Bd. 3 § 115 Note 5 hat dieſe Diſtinction keine innere Berechtigung.

[2] Vgl. die Stellen S. 704 in Note 5.

[3] Vgl. § 31 S. 198 sub 2.

der Prälegatar nicht ersichtlich den Willen des Erblassers gegen sich hat[1].

b) Stirbt der Prälegatar als heres voluntarius nach dem dies legati cedens, an den sich die Vererblichkeit des Vermächtnisses knüpft (§ 113), aber vor der Ausübung seines Wahlrechts zwischen Antritt und Repudiation, so ist das Vitium nicht aufgehoben worden: deßhalb geht jetzt zugleich mit seiner Erbberechtigung[2] auch das Prälegat zu der auf seinem Erbtheil lastenden Quote unter, und auf seine Erben nur zu den Quoten über, die auf den Erbportionen seiner Miterben lasten[3]. Beim Tode des Prälegatars als heres suus vor der Ausübung seines Wahlrechts aus dem beneficium abstinendi, wird sein Erbtheil und die darauf lastende Vermächtnißquote als ein mit diesem Wahlrecht erworbener auf seine Erben transmittirt[4]. Erklären sich die Erben für die Abstinenz, so wirkt diese wie die Abstinenz ihres Erblassers: der ausgeschlagene Erbtheil kommt an die Substituten oder Miterben des Erblassers, deßhalb können die Erben das ganze Vermögen fordern.

c) Erwirbt der Prälegatar seinen Erbtheil, so wird dadurch das Prälegat zu der auf demselben lastenden Quote nichtig[5]. Deßhalb behält der Prälegatar diese Quote, wenn er allein zu dem Prälegat berufen ist, als Erbe (iure hereditario)[6], so daß er sie in die Quarta Falcidia wie Trebelliana einrechnen[7] und mit

---

[1] l. 12 i. f. l. 18 § 2 D. de his quae ut indign. (34. 9).

[2] S. oben § 22 S. 159 ff.

[3] l. 75 § 1 D. de leg. (31) Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit: partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti. Ueber die verschiedene Auslegung dieser Stelle vgl. v. Bangerow Lehrb. a. a. O. sub IV, Kretschmar a. a. O. 270 ff., Windscheid a. a. O. Note 6.

[4] Vgl. § 31 S. 201 sub 3.

[5] Vgl. S. 704 Note 4.

[6] l. 40 pr. D. de leg. (32). l. 18 § 2 D. de his quae ut ind. (34. 9) . . . ideoque portionem istam pro herede possideret.

[7] l. 74, 91 D. ad leg. Falc. (35. 2) c. 24 C. fam. erc. (3. 36), v. Bangerow Pand. § 523 sub I. A. 2.

herausgeben muß, wenn er ſeinen Erbtheil als Univerſalfideicommiß zu reſtituiren hat[1]; nur die auf den Erbportionen ſeiner Miterben laſtenden Vermächtnißquoten erhält er als Legatar, kann ſie aber als praestationes personales, die ihre Quelle in der communis successio haben, im Proceß über die actio familiae erciscundae geltend machen[2]. Hat der Prälegatar Kollegatare, ſo verliert er die auf ſeinem Erbtheil laſtende Vermächtnißquote an dieſe durch Accrescenz[3]. Auf Grund derſelben geſtaltet ſich das Verhältniß verſchieden, je nachdem die Kollegatare extranei d. h. nicht Miterben ſind, oder als Miterben auch Prälegatare: jenen accrescirt die auf dem Erbtheil des Prälegatars laſtende Vermächtnißquote[4], für dieſe tritt gegenſeitiges Accrescenzrecht ein[5], ſofern der

[1] l. 18 § 3 D. ad S. C. Treb. (36. 1). Arndts a. a. O. S. 77 ff.

[2] l. 17 § 2 D. de leg. (30). Arndts a. a. O. S. 14 ff. Vgl. oben § 37 S. 231.

[3] § 8 I. de leg. (2. 20); vgl. S. 703 Note 1.

[4] Sind A, B und C zu gleichen Quoten zu Erben eingeſetzt und A und X mit einem Vermächtniß von 900 bedacht, ſo laſtet auf jedem der drei Erbtheile eine Vermächtnißquote von 300. Die auf dem Erbtheil des Prälegatars A laſtenden 300 accresciren dem Kollegatar B, und A erhält nur die auf den Erbtheilen ſeiner Miterben laſtenden Vermächtnißquoten. Es bekommt alſo:

1. X von A 300 iure accrescendi, von B 150 und von C 150 = 600.
2) A von B und von C 150 = 300.

l. 34 § 11 D. de leg. (30). Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.

l. 116 § 1 D. eod. Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt. In dem hier entſchiedenen Fall ſind A und B jeder zu $^1/_2$ als Erben eingeſetzt, und dem A, und dem X und Y iſt ein Grundſtück legirt. Die eine Hälfte dieſes Vermächtniſſes laſtet auf dem Erbtheil des Prälegatars A, die andere auf dem Erbtheil des B. Von den $^5/_6$, die auf dem Erbtheil des A laſten, bekommt X $^1/_6$ und Y $^1/_6$ und beide iure accrescendi das $^1/_6$ des A

Erblasser nicht eine andere Meinung gehabt hat. Ob und wie bei Legaten das Accrescenzrecht eintreten soll, darüber giebt es keine zwingenden Rechtsvorschriften[1]. Der Erblasser kann es ausschließen[2] mit der Absicht, daß der Prälegatar die auf seinem Erbtheil lastende Vermächtnißquote als Erbe behalten und das Prälegat gleichheitlich unter den Kollegataren vertheilt werden soll[3].

---

also X $^{3}/_{12}$ und Y $^{3}/_{12}$; von den $^{3}/_{6}$, die auf dem Erbtheil des B lasten, bekommt X $^{1}/_{6}$, also im Ganzen $^{5}/_{12}$ und Y $^{1}/_{6}$, also auch $^{5}/_{12}$ und A $^{1}/_{6}$, also $^{7}/_{12}$.

[5] Sind A zu $^{1}/_{4}$, B zu $^{1}/_{4}$ und C zu $^{1}/_{2}$ als Erben instituirt und dem A und C 1200 vermacht, so lasten von diesem Vermächtniß auf dem Erbtheil des A 300, auf dem Erbtheil des B 300 und auf dem Erbtheil des C 600. Demgemäß erhält:

1. A von C 600 iure accrescendi und von B 150 = 750.

2. B von A 300 iure accrescendi und von B 150 = 450. l. 34 § 12 D. de leg. (30). Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarum heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam. Nach dem hier entschiedenen Fall sind A zu $^{1}/_{12}$, B zu $^{11}/_{12}$ als Erben eingesetzt, und beiden ist ein Grundstück legirt. Von diesem Vermächtniß lastet 1. auf dem Erbtheil des A $^{1}/_{12}$: davon gebührt dem B $^{1}/_{24}$ als sein Antheil, und das andere $^{1}/_{24}$ iure accrescendi. also im Ganzen $^{1}/_{12}$; 2. auf dem Erbtheil des B lasten $^{11}/_{12}$: davon erhält A die Hälfte als seinen Antheil und die andere Hälfte iure accrescendi. Mißverstanden ist die Stelle in den Basiliken XLIV. 1. 33.

[1] Solche giebt es nur für das Accrescenzrecht der Miterben, vgl. § 29 S. 180 ff.

[2] v. Bangerow, Lehrb. a. a. O. sub I. B und Arch. f. civil. Pr. a. a. O. S. 285 ff., betrachtet es als eine unabweisliche Consequenz aus dem gesetzlich anerkannten Princip: heredi a semet ipso inutiliter legatur.

[3] Nach v. Buchholtz a. a. O. Kap. 6, 15 und 16 ist diese gleichheitliche Vertheilung des Prälegats in den Quellen als Regel anerkannt und das Anwachsungsrecht auf die Fälle beschränkt, die in den S. 707 Note 2 u. 5 citirten Stellen enthalten sind. Die Regel stütze sich auf folgende Stellen: l. 67 § 1 D. de leg. (30), Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent. l. 2 pr. D. de instructo (33. 7), l. 78 § 13 ad SC. Treb. (36. 1). — l. 104 § 5 de leg. (30). l. 34 § 1 D. de usu et usufr. (33. 2). — l. 7 D. de usufr. accr. (7. 2). Gegen diese Ansicht und die ihr entsprechende Interpretation der citirten Stellen, v.

Wo er aber das Accrescenzrecht gewollt hat, ohne den Maßstab zu bestimmen, nach welchem, wenn mehr als zwei Prälegatare existiren, die ungültigen Vermächtnißquoten den Kollegataren zuwachsen sollen, fallen sie denselben zu gleichen Theilen zu[1].

Die für uns auffälligen Ergebnisse aus der Theorie der Prälegate standen bei den Römern nicht, wie man denken könnte[2], mit dem Willen des Erblassers in Widerspruch. Sie finden ihre Erklärung in der Mitwirkung der Juristen bei der Abfassung von Testamenten. Um dem Willen des Erblassers den kürzesten Ausdruck zu geben, ordneten sie Vermächtnisse für Erben mit einem Vitium an, aus welchem sich der Wille als juristische Consequenz ergab[3]. Wenn der Erblasser wollte, daß der mit einem Vermächtniß bedachte Erbe sich einen Theil desselben in die Quarta Falcidia einrechnen, oder als Universalvermächtniß restituiren sollte, so konnte der Jurist diesen Willen am Kürzesten dadurch zum Ausdruck bringen, daß er den Erben selbst zu einer Quote mit dem Vermächtniß belastete. Oder wenn von den als Collegataren bedachten Erben einer eine größere Vermächtnißquote erhalten sollte,

---

Bangerow Lehrb. S. 422, Arch. S. 280, dafür Sintenis Civilr. Bd. 3 § 210, Arndts a. a. O. S. 166 ff. (dazu S. 129. 131. 136 ff.) und Kretschmar a. a. O. S. 164 ff., der annimmt, daß das Accrescenzrecht nur anerkannt war bei Vermächtnissen für Miterben und extranei, und die Anwendung desselben in der S. 708 Note 5 citirten l. 34 § 12 D. de leg. (30) bestreitet.

[1] Dafür l. 67 § 1, l. 104 § 5 D. de leg. (30). Windscheid a. a. O. Note 7, Brinz a. a. O. Note 9. A. M. v. Bangerow Lehrb. S. 424, Arch. S. 311 ff.: er nimmt an, es müsse jedem Prälegatar das vom Vermächtniß abgerechnet werden, was er sich selbst hätte auszahlen müssen, und dann nach Verhältniß der Antheile, die zu Recht bestehen, die Accrescenz eintreten. So auch Arndts a. a. O. S. 158.

[2] Vgl. Thibaut nach Brauns Erört. über die bestrittensten Materien des röm. Rechts S. 691. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. 3. Aufl. Bd. 2 S. 1040, Schütze im Jahrb. des gem. Rechts Bd. 3 S. 426. Tewes Erbr. Bd. 2 S. 243. Arndts a. a. O. S. 168 ff.

[3] Bei der heredis institutio ex certa re (§ 77) handelt es sich um eine vitiöse Erklärung des Erblassers, welche durch die Jurisprudenz rectificirt wurde.

als der andere, so ließ sich dies auch kurz dadurch verfügen, daß man sie selbst zu einer Quote mit dem Vermächtniß belastete. So entstanden durch die Juristen nach den verschiedenen Intentionen des Erblassers verschiedene Formulirungen, deren Inhalt sie in ihren Schriften erörterten [1].

Für uns hat es keine praktische Bedeutung, in welcher Ausdrucksweise ein römischer Jurist den Willen des Erblassers erklärte. Absolute Geltung hat gemeinrechtlich [2] nur der Satz: heredi a semet ipso inutiliter legatur. Ob der Erblasser, der einem Erben ein Vermächtniß hinterläßt, ohne die Onerirten zu bezeichnen, stillschweigend ein Prälegat errichten, oder stillschweigend nur die Miterben belasten wollte, das ist für uns eine Interpretationsfrage, die zu Gunsten des Prälegats nur beantwortet werden darf, wenn kein Zweifel darüber besteht, daß ein solches gewollt ist [3]; und wo dies feststeht, ist im Zweifel kein Accrescenzrecht als beabsichtigt anzunehmen, durch welches der Prälegatar die auf seinem Erbtheil ruhende Vermächtnißquote an die Kollegatare verliert, sondern der Wille, daß er sie als Erbe behalten soll [4]. Dagegen bei ersichtlich gewolltem Accrescenzrecht ist, wenn mehr als zwei Prälegatare existiren, ein gleiches Wohlwollen des Erblassers für die Kollegatare zu präsumiren, so daß ihnen die ungültigen Vermächtnißquoten zu gleichen Theilen zufallen.

2. Form.

§ 109.

Die Errichtung eines Vermächtnisses fordert keine Testamentsform; es kann, aber es braucht nicht im Testament errichtet zu werden. Es giebt dafür zwei andere Geschäfte auf den Todesfall: das Codicill und das s. g. Oralfideicommiß.

---

[1] Vgl. z. B. l. 104 § 5 D. de leg. (30). l. 7 D. de usufr. acer (7. 2). Kohler in v. Ihering's Jahrb. Bd. 18 S. 156 Note 1.

[2] Ueber das Verhältniß der neueren Gesetzbücher zum röm. Recht vgl. Arndts a. a. O. S. 173 ff.

[3] l. 12 D. de R. I. (50. 17).

[4] Windscheid a. a. O. § 627 a. E.

I. Das Codicill[1] iſt ein letzter Wille, der keine Erbeinſetzungen und Enterbungen enthält[2]. Es kann, wie ein Teſtament, als öffentliches oder als Privatcodicill errichtet werden[3]. Das öffentliche Codicill bedarf derſelben Form wie das öffentliche Teſtament. Das Privatcodicill kann, wie das Privatteſtament, ein mündliches oder ſchriftliches ſein[4]. Seine Form unterſcheidet ſich von der Teſtamentsform in zwei Beziehungen: es iſt bei ihm nicht die Zuziehung von ſieben Solennitätszeugen erforderlich, ſondern nur von fünf Beweiszeugen[5], und beim ſchriftlichen Codicill nur die subscriptio testium, kein signatio testium[6]. Im Uebrigen ſind bei Codicillen alle Teſtamentsſolennitäten, namentlich auch die unitas actus[7], zu beachten; dieſe werden auch bei ihnen in den Fällen, wo dies beim Teſtament geſchieht, erſchwert[8] oder er-

[1] I. 2. 25 de codicillis. D. 29. 7 de iure codicillorum. C. 6. 36 de codicillis. Fein, das Recht der Codicille in der Fortſetzung von Glück's Commentar Bd. 44. 45. v. Bangerow Lehrb. der Pand. Bd. 2 § 526. Brinz Pand. Bd. 3 § 424. Windſcheid, Pand. Bd. 3 § 628 ff.

[2] l. 20 D. h. t. (29. 7). c. 14 C. de testam. (6. 23).

[3] Fein a. a. O. Bd. 44 S. 399. 411. 415, vgl. Seuffert, Arch. Bd. 26 Nr. 250. Ueber die urſprüngliche Formloſigkeit der Codicille und die Entwicklung derſelben zu einem ſolennen Rechtsgeſchäft vgl. mein Syſtem S. 84—87. Fein a. a. O. S. 339 ff.

[4] c. 8 § 3 C. h. t. (6. 36). N. O. v. 1512 II. § 2.

[5] c. 8 § 3 cit. . . . quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint. Dernburg Pand. Bd. 3 § 74 Note 4. A. M. Danz in der Zeitſchr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 9 Nr. 8; er fordert, abgeſehen von der Zeugenzahl für die Codicille alle Teſtamentsſolennitäten (§ 69). Ebenſo Fein a. a. O. Bd. 44 S. 418 ff., Brinz a. a. O. Note 8, Windſcheid a. a. O. Note 4. 5 ff. Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 244.

[6] c. 8 § 3 cit. . . . subnotationem suam accommodantibus. Die in der vorigen Note citirten Juriſten fordern auch die signatio. — Wenn es in § 3 I. h. t. (2. 25) heißt, daß die Codicille nullam solennitatem ordinationis desiderant, ſo iſt das nur von dem alten ordo scripturae zu verſtehen, nach welchem im Teſtament die Verfügungen des Erblaſſers in einer beſtimmten Ordnung getroffen werden mußten. Fein a. a. O. Bd. 44 S. 409 ff. Windſcheid a. a. O. Note 4.

[7] c. 8 § 3 cit. . . . in uno eodemque tempore debent adhiberi.

[8] Z. B. bei dem Codicill eines Schreibunfähigen bedarf es der Zuziehung eines ſechsten Zeugen; vgl. § 70 sub I.

leichtert[1]. Das Codicill eines Blinden iſt dem Teſtament eines Blinden (§ 70 sub II) ganz gleich geſtellt[2].

Die Codicille heißen Inteſtatcodicille (codicilli ab intestato facti) oder Teſtamentscodicille (codicilli ad testamentum pertinentes[3]), je nachdem der Erblaſſer ſie als ein Acceſſorium der Inteſtaterbfolge oder eines Teſtaments errichtet hat[4]. Die Teſtamentscodicille nennt man confirmirte Codicille (codicilli testamento confirmati), wenn auf ſie im Teſtament verwieſen iſt, nicht confirmirte, wenn dies nicht geſchehen iſt. Das Codicill, auf welches im Teſtament verwieſen iſt, kann ein bereits errichtetes oder ein ſolches ſein, welches erſt errichtet werden ſoll; danach ſpricht man von codicilli in praeteritum und in futurum confirmati[5]. Für alle Teſtamentscodicille gilt der Satz: pro parte testamenti habentur[6]. Sie ſtehen und fallen mit dem Teſtament, die nicht confirmirten wie die confirmirten[7], und leben mit dem Teſtament

---

[1] Brinz a. a. O. Note 7. Windſcheid, a. a. O. Note 11; vgl. § 71. l. 21 D. de R. I. (50. 17).

[2] Wenn nicht ſchon in c. 8 pr. C. qui testam. (6. 22), ſo in der Notar.-O. II § 11. Gegen die Anſicht von Fein a. a. O. Bd. 45 S. 91, der auch für das ſchriftliche Codicill eines Schreibunkundigen einen achten Zeugen zugezogen wiſſen will, mit Recht Windſcheid a. a. O. Note 12, Brinz a. a. O. Note 7, Seuffert, Arch. Bd. 18 Nr. 262.

[3] § 1 I. h. t. (2. 25). l. 16 D. h. t. (29. 7). c. 1 C. h. t. (6. 36).

[4] Brinz a. a. O. Note 13.

[5] Vgl. l. 3 § 2, l. 6 § 4, l. 8 pr. D. h. t. Fein a. a. O. Bd. 44 S. 199 ff.

[6] l. 14 pr. D. h. t. l. 11 D. testam. quemadm. aper. (29. 3).

[7] l. 3 § 2, l. 16 D. h. t., l. 9 D. de leg. (32). Es gilt folgende Regel: l. 2 § 2, D. h. t. Codicillorum ius singulare est, ut quaecunque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent. Ueber die Tragweite dieſer Regel ſtritten die beiden Schulen, wie ſich aus l. 14 D. h. t. ergiebt. Die Sabinianer ſagten nach l. 14 cit. pr.: quod codicilli pro parte testamenti habentur observationemque et legem iuris inde traditam servent, und in l. 7 § 1 D. h. t. ſagt Marcianus: in illis, quae non iuris, sed facti sunt, non est perinde habendum quod codicillis scribitur, atque si ubi confirmatio scriptum fuisset. Hiernach wurde die im Codicill getroffene Verfügung bei der Frage, ob ſie secundum legem iuris gültig ſei, von den Sabinianern als eine im Teſtament getroffene betrachtet, alſo z. B. das im nachfolgenden Codicill einem

wieder auf, zu dem ſie als Anhängſel errichtet ſind[1], während Inteſtatcodicille ganz ſelbſtändig ſind: nihil desiderant, sed vicem

---

Todten zugewandte Vermächtniß als gültig erachtet, wenn er zur Zeit der Teſtamentserrichtung lebte. Das beſtritt Proculus unter Zuſtimmung von Scävola nach l. 14 cit. pr.: nullius enim momenti est legatum, quod datum est ei, qui tempore codicillorum in rebus humanis non est, licet testamenti fuerit: esse enim debet, cui detur, deinde sic quaeri, an datum confistat, ut non ante iuris ratio quam persona quaerenda sit. In Uebereinſtimmung damit unterſchied Marcianus juriſtiſche Erforderniſſe für die Gültigkeit des Vermächtniſſes, und factiſche, zu denen das Leben des Honorirten gehört, und ſagt in l. 7 § 1 cit. . . . „si Titius vivus est, vel si tot annis est“, codicillis legavit Seio, tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum, spectandum. l. 6 § 4 D. eod. Si post testamentum factum mortuo codicillis quis legaverit licet testamento confirmatis, pro non scripto legatum fit, l. 4 D. h. t. Soweit es ſich aber um die juriſtiſchen Erforderniſſe handelt, die ſich in der Rechtsfähigkeit (testamenti factio) der betheiligten Perſonen gründen, iſt die im Codicill getroffene Verfügung als eine im Teſtament getroffene anzuſehen: z. B. wenn dem Sclaven, dem im Teſtament ein Vermächtniß sine libertate hinterlaſſen wurde, in einem ſpäteren Codicill die Freiheit gegeben iſt, l. 8 § 5 D. h. t. . . . quasi ab initio constiterit legatum. l. 2 § 2 D. h. t.; oder wenn ein Teſtator nach der Teſtamentserrichtung durch arrogatio die testamenti factio verliert uud dann ein Codicill macht, ſo gilt das darin errichtete Vermächtniß als im Teſtament errichtet, falls dieſes wieder zu Kräften kommt, weil der Teſtator vor ſeinem Tode die testamenti factio wieder erlangt hat, l. 8 § 3 D. h. t. Im Corpus iuris iſt der Streit der beiden Schulen nicht zum vollen Austrag gebracht. Nach einer Stelle von Paulus war zu ſeiner Zeit folgender Fall noch ſtreitig: si miles testamentum ante militiam, sed codicillos in militia fecerit, an iure militari valeant codicilli, quaeritur, quoniam testamentum iure communi valet. Er entſcheidet: certe codicilli militiae tempore facti non debent referri ad

---

[1] Brinz a. a. O. Note 15. 16: „Der Teſtamentscodicill iſt dadurch, daß ex testamento ſuccedirt wird, noch nicht von Beſtand, es muß auch dasjenige Teſtament in Kraft treten, zu welchem der Codicill errichtet wurde.“ „Im Zweifel gilt alſo der einem Teſtament voraufgehende Codicill als zu dem nachfolgenden Teſtament gehörig . . . und der nachfolgende Codicill zu dem vorhergehenden Teſtament, alſo iſt er nichtig, wenn das voraufgehende Teſtament nichtig iſt; . . . war die Nichtigkeit dem Erblaſſer bekannt, ſo muß ein Inteſtatcodicill vermuthet werden.“ c. 1 pr. § 1 C. h. t. Fein a. a. O. S. 162 ff. S. 195 ff.

testamenti exhibent[1]. Der Unterschied zwischen confirmirten und nicht confirmirten beschränkt sich im Justinianischen Recht[2] darauf, daß die Ernennung eines Vormunds nur im Testament oder im confirmirten Codicill erfolgen kann[3]. Die Ansicht, daß confirmirte Codicille gar keiner Solennitäten bedürfen, läßt sich nicht begründen[4]. Gültig sind nur nach Analogie der s. g. mystischen

testamentum, sed iure militari valent, l. 8 § 4 D. h. t. Eine andere Stelle von Gajus behandelt den Fall: si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam, und sagt: plerisque placet in codicillis iuris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti, l. 17 § 4 D. de testam. milit. (29. 1). Zu vergleichen sind über die Regel Fein a. a. O. Bd. 44 S. 233 ff., der sie als codicillarrechtliche Fiction bezeichnet. v. Bangerow a. a. O. Anm. 1 sub II, Windscheid a. a. O. § 630 Note 5 ff.

[1] l. 16 D. h. t. Aber sie kommen nur kraft der Inteſtaterbfolge zur Wirksamkeit; kommt es zum Testament, so gelten sie nur, wenn ihnen weder das Testament noch sonst eine Willensäußerung des Testators widerspricht. l. 5 D. h. t. Brinz a. a. O. Note 15.

[2] Ueber das alte Recht Gaius II. 270a. Ulp. XXV. 8.

[3] l. 3 pr. D. de test. tut. (26. 2). l. 1 § 1 D. de confirm. tut. (26. 3). Vgl. l. 43 D. de manim. test. (40. 4). Fein a. a. O. S. 203 ff.

[4] Sie war früher die herrschende: man nahm an, die Testamentssolennitäten müßten auch auf die Codicille bezogen werden, weil sie als Theile des Testaments anzusehen seien, vgl. v. Bangerow a. a. O. sub III. Ihr steht entgegen c. 8 § 3 C. h. t. In omni ultima voluntate excepto testamento quinque testes debent adhiberi. Mit ihm steht auch § 3 I. h. t. nicht in Widerspruch; diese Stelle sagt nur, daß für die Verfügungen im Codicill keine solennitas ordinationis erforderlich sei (S. 711 Note 6). Die Form für letztwillige Dispositionen hat den Zweck, ne quid falsitatis incurrat (c. 32 C. de fideic. 6. 42), deßhalb kann sie als eine Vorschrift des ius cogens durch Privat dispositon nicht außer Anwendung gesetzt werden. Man hat dies in verschiedener Weise zulassen wollen; vgl. Krawell im Arch. f. civ. Pr. Bd. 43 S. 78 ff. Bd. 46 S. 92 ff., der die Confirmation eines formlosen Codicills gelten lassen will, wenn es im Testament ausdrücklich als formloses bestätigt sei, und dagegen Chop ebenda Bd. 44 S. 325 ff., Windmüller ebenda Bd. 45 S. 361 ff.; Puchta Lehrb. u. Vorl. § 523 will dies, wenn der Inhalt des Codicills durch das Testament beglaubigt werde, und Fein a. a. O. Bd. 45 S. 131 ff. will dies bei dem in einem nachfolgenden Testament confirmirten Codicill. S. dagegen Sintenis Civilr. Bd. 3 § 208 Note 7, v. Bangerow a. a. O. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 102. 358, Bd. 2 Nr. 314, Bd. 9 Nr. 52, Bd. 35 Nr. 42. Ueber ein in einem Codicill be-

Erbeinsetzungen[1] die s. g. mystischen Legate d. h. im solennen Codicill angeordnete Vermächtnisse, bei denen der Erblasser sich nur zur näheren Bezeichnung des Honorirten oder Onerirten, oder des Gegenstandes des Vermächtnisses, oder Zwecks einer sonstigen Aufklärung auf eine andere formlose Disposition bezogen hat, die bereits getroffen ist, oder die er noch treffen werde: nihil enim nunc dat, sed datum significat[2].

II. Das s. g. Oralfideicommiß[3] beruht auf folgender Verordnung von Justinian[4]: wenn Jemand behauptet, daß ihm ein Vermächtniß hinterlassen sei[5], so braucht er diese Behauptung nicht auf eine solenne Errichtung desselben zu stützen[6]; er kann, wenn er selbst zuvor den Calumnieneid schwört[7], dem angeblich Onerirten den Eid darüber deferiren[8] und von demselben das beanspruchte Vermächtniß fordern, wenn er die Eidesleistung ablehnt, mag er die Vermächtnißauflage bestreiten[9], oder unter dem Einwande zugeben, daß sie nicht ad legis subtilitatem erfolgt sei[10], ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis com-

---

stätigtes formloses Codicill vgl. Seuffert, Arch. Bd. 44 Nr. 112 und über die Codicillarclausel unten §

[1] l. 78 D. de H. I. (28. 5). l. 10 pr. D. de cond. iust. (28. 7). Vgl. S. 483 Note 1.

[2] l. 21 § 1 D. qui testam. fac. (28. 1). l. 25 (26) D. de reb. dub. (34. 5). l. 38 D. de cond. (35. 1). Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 55 57.

[3] Vgl. Arndts a. a. O. Bd. 47 S. 341 ff. v. Wangerow Pand. Bd. 2 § 528. Windscheid, Pand. § 629 und die hier Citirten.

[4] c. 32 C. de fideic. (6. 42). § 12 I. de fideic. hered. (2. 23).

[5] c. 32 cit. . . . „fideicommissum sive universitatis sive speciale."

[6] c. 32 cit. „sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto . . § 12 I. l. cit. . ." neque ex scriptura neque ex quinque testium numero . . res possit manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis intervenerit . . .

[7] c. 32 cit. . . . prius iureiurando de calumnia praestito . . § 12 cit. I. . . . cum prius — iuraverit.

[8] c. 32. cit. . . . necesse habere — relaxare. § 12 cit. I. . . . iusiurandum ei detulerit — a testatore audivit.

[9] c. 32 cit. . . . si recusandum — ad satisfactionem compelli. § 12 cit. I. . . . vel recusantem — vel solutionem coartari.

[10] § 12 cit. i. f. I. . . . confiteatur — cogendus est solvere.

missa[1]. Mit dem Eingeſtändniß der Vermächtnißauflage iſt ihre Wirkſamkeit entſchieden, als ob ſie in Form Rechtens gemacht wäre[2], und ebenſo mit dem Leugnen, wenn es nicht durch den Eid bekräftigt wird: dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem[3]. Der Eid iſt hier kein Beweismittel: er beruht nicht auf den Vorſchriften des Proceßrechts, ſondern des Privatrechts, weil er zur Bekräftigung des Leugnens dient[4]: cum ipse sibi iudex et testis invenitur[5]. Deßhalb kann er vom Onerirten nicht zurückgeſchoben[6], und ſtatt der Zuſchiebung der Beweis der Vermächtnißauflage nicht durch andere Beweismittel, durch Zeugen oder Urkunden, vom Honorirten angetreten werden; dieſer Beweis fordert den Beweis der ſolennen Errichtung[7]. Aber ohne Vermächtnißauflage giebt es auch kein formloſes Vermächtniß, und dieſe kann hier nicht ohne eine Mittheilung des Erblaſſers an den Onerirten erfolgen, die ihm den Auftrag zur Leiſtung des Vermächtniſſes ertheilt hat[8]; wie dieſelbe an ihn erfolgt, iſt aber irrelevant,

[1] § 12 cit. I.

[2] Arndts a. a. O. S. 366 sub 5. Seuffert, Arch. Bd. 43 Nr. 279 a. E. Bd. 5 Nr. 38.

[3] c. 32 cit. i. f.

[4] Windſcheid a. a. O. Note 1. Deßhalb wird auch dieſer Eid als ein ſubſtituirter Erſatz für die fehlende Codicillarform nicht ausgeſchloſſen durch § 14 Ziff. 2 des E. G. zur C. Pr. O., wonach „die Vorſchriften, welche in Anſehung gewiſſer Rechtsverhältniſſe einzelne Arten von Beweismittel ausſchließen oder nur unter Beſchränkungen zulaſſen, außer Kraft treten," Seuffert, Arch. Bd. 43 Nr. 279. A. M. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 75: er hält das Oralfideicommiß für unpraktiſch, weil die C. Pr. O den Calumnieneid nicht kennt; vgl. dagegen Seuffert, Bd. 49 Nr. 166 (R. G.).

[5] c. 32 cit. . . . cum ipse sibi iudex — in omnes procedat.

[6] Arndts a. a. O. S. 368 ff.

[7] c. 32 cit. . . . Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Arndts a. a. O. S. 369 sub 7. Seuffert, Arch. Bd. 13 Nr. 47, Bd. 18 Nr. 96, Bd. 27 Nr. 152. Für die Zuläſſigkeit anderer Beweismittel namentlich Süptitz, über den Beweis eines dem Fiduciar vom Teſtator mündlich auferlegten Fideicommiſſes 1804; dazu Arndts a. a. O. S. 370 u. v. Bangerow a. a. O. sub 2 a. E., Seuffert Arch. Bd. 42 Nr. Nr. 46.

[8] Deßhalb iſt denn auch die Eideszuſchiebung nur an den Onerirten ſelbſt zuläſſig, nicht an ſeine Erben. Seuffert, Arch. Bd. 33 Nr. 239. A. M. Arndts a. a. O. S. 380 sub 10. Seuffert, Bd. 47 Nr. 123.

ob mündlich, schriftlich oder durch Boten[1]. Deßhalb ist die Bezeichnung fideicommissum orale für das formlose Vermächtniß ebenso unzutreffend, wie die Bezeichnung fideicommissum heredi praesenti iniunctum, weil auch bei ihm der Onerirte nicht blos der Erbe sein kann[2]. Für die Frage, von wem und zu wessen Gunsten ein solches Vermächtniß hinterlassen werden kann, gelten die allgemeinen Grundsätze[3].

3. Inhalt.

a. Im Allgemeinen.

§ 110.

Das Vermächtniß ist eine letztwillige Zuwendung (donatio), die eine Obligation zwischen dem Onerirten und Honorirten begründen soll (§ 107). Demgemäß gelten für den Inhalt eines Vermächtnisses einerseits die in § 73 aus dem Zweck des letzten Willens entwickelten allgemeinen Principien[4], und andererseits kann

---

[1] Nach der Art der Mittheilung beantwortet sich die Frage, wie das Thema des zu schwörenden Eides zu fassen ist, Sintenis, Civilr. Bd. 3 § 208 Anm. 14 sub 1, v. Bangerow a. a. O., Arndts a. a. O. S. 350 ff. S. 368, Windscheid a. a. O. Note 3, Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 72. Auf das Erforderniß einer directen Mittheilung an den Onerirten weist auch § 12 I. l. cit. hin, wo es heißt, dieser müsse schwören, quod nihil tale a testatore audivit: ein im Nachlaß vorgefundener Brief an den Onerirten genügt zu der Vermächtnißauflage nicht. Aber wenn man auf Grund dieser Worte nur die mündliche Vermächtnißauflage an den gegenwärtigen Onerirten zulassen will, so läßt sich diese Meinung durch praktische Gründe nicht rechtfertigen, und aus der Paraphrase des Theophilus ergiebt sich, daß sie nicht so verstanden wurden, denn nach ihr soll der Onerirte schwören: non esse fideicommissum relictum. Es hat aber diese Buchstabenerklärung auch ihre Vertretung gefunden, vgl. Brinz, Pand. Bd. 3 § 424 sub 3, Dernburg a. a. O. Note 2, Seuffert, Arch. Bd. 4 Nr. 66, Bd. 5 Nr. 38, Bd. 9 Nr. 52, Bd. 27 Nr. 151.

[2] c. 32 cit. . . . necesse habere heredem vel legatarium vel fideicommissarium . . . sacramentum subire.

[3] Arndts a. a. O. S. 365 sub 4.

[4] Vgl. Arndts in Glück's Commentar Bd. 46 S. 91 ff. Brinz, Pand. Bd. 3 § 425. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 633. 634.

nur das, was Inhalt einer Obligation sein kann, auch Inhalt eines Vermächtnisses sein[1]. Der Inhalt einer Vermächtnißobligation ist aber durch die regula Catoniana noch näher bestimmt worden.

b. Die regula Catoniana*.

§ 111.

Die subjectiven und die formellen Erfordernisse für die gültige Errichtung eines Vermächtnisses sind in den beiden voraus-

[1] Aus dem Vermächtniß kann daher für den Legatar auch eine Forderung darauf entstehen, daß der Onerirte mit ihm ein Rechtsgeschäft abschließe, oder auf ein einseitiges Thun oder Unterlassen oder Gestatten von Seiten des Onerirten, l. 11 § 25 D. de leg. (32), l. 6 § 2 D. de aur. arg. leg. (34. 2), l. 39 § 4 D. de leg. 30), § 21 I. h. t. (2. 20); ferner auf einen Gegenstand, den der Legatar, oder der Onerirte, oder ein Dritter aus verschiedenen Gegenständen wählen soll, l. 84 § 9. 11 D. de leg. (30). c. 3 § 1 C. comm. de leg. (6. 43); ferner auf eine Leistung, deren Inhalt durch das arbitrium boni viri näher festgestellt werden soll, l. 11 D. § 7 de leg. (32), während das in die Willkür gestellte Vermächtniß ungültig ist, l. 52 D. de cond. (35: 1). Den Fall: si cui legatum fuerit relictum isque rogatus sit liberos suos emancipare entscheidet Marcianus in l. 114 § 8 D. de leg. (30) dahin: non cogitur hoc facere: potestas enim patria inaestimabilis est, dagegen Ulpian in l. 92 D. de cond. (35: 1) so: extra ordinem debere constitui eum qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare: neque enim debet circumveniri testantium voluntas. Ulpian betrachtet die Emancipation der Kinder nicht als ein Vermächtniß an diese, sondern als einen Modus, mit dem ihrem Vater sein Vermächtniß hinterlassen ist: er muß, da hier Niemand existirt, der eine Klage auf Erfüllung desselben hat, extra ordinem d. i. durch die Obrigkeit erzwungen werden, l. 50 § 1 D. de H. P. (5.3); a. M. Windscheid a. a. O. § 634 Note 1. Die l. 41 § 8 D. de leg. (32) von Scävola behandelt den Fall, wo ein heres vel legatarius rogatus est, ut quendam adoptet, his verbis adiectis: „si alias fecerit, exheres esto" vel „perdat legatum"; quaesitum est, si non adoptaverit, an ei qui adoptatus non est actio quaedam ex fideicommisso competit? Respondit fideicommissum, quo quis rogatur, ut adoptet, ratum non esse. Auf die Adoption kann ebensowenig wie auf die Emancipation eine Forderung erworben werden.

* D. 34. 7 de regula Catoniana. v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 540. Brinz, Pand. Bd. 3 § 429 Note 3 ff. Windscheid, Pand. Bd 3 § 638 und die hier Citirten.

gehenden Paragraphen feſtgeſtellt. Die regula Catoniana ſetzt voraus, daß es an dieſen Erforderniſſen nicht fehlt. Sie bezieht ſich nur auf den zur gültigen Errichtung erforderlichen Inhalt der Vermächtnißobligation[1] und hat, da dieſe eine obligatio quasi ex contractu iſt[2], die entſprechenden Principien der Vertragsobligationen zur Grundlage.

Bei Verträgen, die pure geſchloſſen ſind, müſſen die objectiven Erforderniſſe der Vertragsobligation zur Zeit des Vertragsſchluſſes exiſtiren: zu dieſer Zeit muß die verſprochene Leiſtung eine objectiv mögliche und eine erlaubte ſein und einen Geldwerth für den Gläubiger haben, wenn die Vertragsobligation entſtehen ſoll; bei sub conditione geſchloſſenen Verträgen genügt es, wenn die Erforderniſſe der Möglichkeit und des Geldwerths vorhanden ſind zur Zeit, wo ſich die Bedingung erfüllt. Aber unerlaubte Verträge und insbeſondere Verträge über res extra commercium ſind auch als bedingte nullius momenti.[3]

Dieſe Principien hat M. Portius Cato auf die Vermächtnißobligationen übertragen, um zu beſtimmen, wie auf dieſe die Regel zur Anwendung kommen müſſe: Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint[4]. Die Regel, durch welche dies geſchehen iſt, lautet ſo: wenn die Obligation auf den vermachten Gegenſtand nicht entſtehen könnte, falls der Erblaſſer ſofort nach der Errichtung des Vermächtniſſes ſterben würde, ſo iſt das Vermächtniß definitiv ungültig, wenn der Erblaſſer auch ſpäter ſtirbt und inzwiſchen die Obligation möglich geworden iſt[5]. Aber dieſe

---

[1] Der Ausdruck iſt zu weit gefaßt, wenn man ſagt: Inhalt des Vermächtnißwillens, wie z. B. Windſcheid a. a. O. Note 6.

[2] § 5 I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27).

[3] Puchta, Pand. u. Vorl. § 220.

[4] l. 201 D. de R. I. (50. 17). l. 210 D. eod. Vgl. v. Vangerow a. a. O. sub III 1.

[5] l. 1 pr. D. h. t. Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere. Sie ſetzt hiernach ein testamentum

Regel hat keine absolute Geltung: quae definitio in quidusdam falsa est[1]. Sie gilt nur für pure hinterlassene Vermächtnisse, die sofort beim Tode des Erblassers geschuldet werden, sie gilt nicht für bedingte Vermächtnisse, für die der dies cedens erst mit der Erfüllung der Bedingung eintritt: hier genügt es, wenn die objectiven Erfordernisse der Vermächtnißobligation zur Zeit der erfüllten conditio existiren[2]. Solche Vermächtnisse sind nicht blos die, welche der Erblasser unter einer conditio facti hinterlassen hat, sondern auch die, welche unvererbliche Rechte (Personalservituten) zum Gegenstande haben: denn diese werden unter der conditio iuris geschuldet, daß der Legatar den dies veniens d. i. den Erbschaftsantritt erlebt hat. Bei der Unvererblichkeit der vermachten Rechte wäre es zwecklos, wenn der dies cedens früher einträte[3] (§ 113).

Hiernach ist das Vermächtniß einer Sache, die dem Legatar zur Zeit der Errichtung gehört, sofort definitiv ungültig, wenn sie ihm pure hinterlassen ist, mag sie auch vom Legatar veräußert werden[4], gültig, wenn sie ihm sub conditione hinterlassen ist[5]

---

factum d. i. einen gültigen Errichtungsact voraus, folglich testamenti factio activa des Erblassers und passiva des Legatars und die vorgeschriebene Errichtungsform. Ohne diese Erfordernisse giebt es kein testamentum factum.

[1] l. 1 pr. cit. i. f.

[2] l. 41 § 2 D. de leg. (30) . . . purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet. Ueber den dies cedens l. 213 pr. D. de V. S. (50. 16). l. 5 pr. — § 3 D. quando dies legat. (36. 2). l. 4 D. eod.

[3] l. 2 D. eod. Si pure sit usufructus legatus vel usus vel habitatio neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit . . l. 3 nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit. l. 3 D. h. t. (34. 7) Catoniana regula non pertinet . . . ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Zu diesen Vermächtnissen gehörten nach röm. Recht auch die, durch welche ein Sclave oder einem Sclaven etwas vermacht ist: nam servo legati relicti ante aditam hereditatem dies non cedit, l. 7 § 6, l. 8 D. quando dies leg. (36. 2). l. 86 § 1 D. de condit. (35. 1). l. 13 pr. D. de opt. leg. (33. 5).

[4] l. 41 § 2 D. de leg. (30). § 10 I. de leg. (2. 20). l. 13 C. de leg. (6. 37).

und zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nicht mehr gehört[1]: gerade ſo, wie wenn ſie zum Gegenſtand einer Vertragsobligation gemacht wird[2]. Iſt dagegen eine res extra commercium omnium[3] oder eine unerlaubte Leiſtung[4] vermacht, ſo iſt auch das bedingte Vermächtniß ſofort ungültig, wie der bedingte Vertrag über eine ſolche Leiſtung[5]. So verhält es ſich auch, wenn die vermachte Sache nur eine res extra commercium legatarii iſt[6].

---

[1] Auch wenn dies geſchehen iſt unter der Bedingung: „si eum vivo testatore alienaveris", l. 1 § 2 D. h. t. (34. 7) v. Bangerow a. a. O. § 525 Anm. 2.

[1] l. 98 D. de cond. (35. 1). In gleicher Weiſe war nach röm. Recht zu unterſcheiden bei einem Vermächtniß an eine in der Gewalt des eingeſetzten Erben ſtehende Perſon, bei dem Onerirung und Honorirung in derſelben Perſon zuſammentreffen, Gaius II 244, § 32 I. de leg. (2. 20), l. 89 D. de H. I. (28. 5) v. Bangerow a. a. O. § 540 sub I. 3, sub II. 1.

[2] l. 31 D. de V. O. (45. 1). — Ueber l. 82 § 1 D. de leg. (30), l. 39 § 2, l. 71 § 5, l. 86 pr. § 4 eod. l. 66 § 6 D. de leg. (31) vgl. v. Bangerow a. a. O. § 525 Anm. 2.

[3] l. 39 § 8—10 D. de leg. (30). c. 14 C. de leg. (6. 37). § 4 I. de leg. (2. 20) . . . nec aestimatio eius debetur . . . nam nulius momenti legatum est.

[4] l. 112 § 3 D. de leg. (30) . . . non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid. Nach röm. Recht iſt das Abtrennen von Sachen, quae aedibus iunctae sunt eine ſtrafbare Handlung, deßhalb können dieſe Sachen nicht pure legirt werden, weil damit das Recht zur Vornahme einer unerlaubten Handlung legirt würde, wohl aber unter der Bedingung: si existentis conditionis tempore aedibus iuncta non sint, nach Analogie des Vermächtniſſes, durch welches dem Legatar ſeine eigene Sache sub conditione zugewandt iſt, l. 41 § 1, § 2, l. 43 D. de leg. (30).

[5] l. 83 § 5 D. de V. O. (45. 1). l. 137 § 6 D. eod. § 2 I. de inut. stipul. (3. 19). — l. 26. 35 § 1 D. l. cit. c. 4 C. de inut. stip. (8. 39). — Manche Juriſten halten das unter irgend einer Bedingung hinterlaſſene Vermächtniß einer res extra commercium omnium für gültig, wenn ſie pendente conditione in das commercium gekommen iſt, vgl. v. Bangerow a. a. O. § 525 Anm. 1 a. E. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 104 Note 10 und dagegen Brinz a. a. O. S. 430, Windſcheid a. a. O. Note 7.

[6] l. 49 § 2 D. de leg. (31), vgl. oben § 32 S. 203 Note 5. Keine widerſprechende Entſcheidungen enthalten l. 40 D. de leg. (30), l. 114 § 5 D. eod., l. 11 § 16 D. de leg. (32). Die erſte Stelle ſpricht von einem Ver-

Hat nur der Onerirte das Commercium nicht, ſo geht das Vermächtniß auf die Aeſtimation[1], ebenſo, wenn es beide nicht haben und die vermachte Sache eine fremde iſt: hier geht das Vermächtniß ſchon wegen der Unfähigkeit des Onerirten auf die Aeſtimation[2]. Dem Vermächtniß an einen incapax ſteht die regula Cationiana nicht entgegen[3], weil die Capacität der honorirten Perſon erſt zur Todeszeit des Erblaſſers in Frage kommt[4]; und das Vermächtniß an eine Perſon, der die testamenti factio passiva fehlt, ſteht überhaupt nicht unter dieſer Regel, weil das ihr Hinterlaſſene pro non scripto gilt, auch wenn es unter der Bedingung hinterlaſſen iſt, daß ſie beim Tode des Erblaſſers erbfähig ſein werde[5].

Daß die regula Catoniana im Juſtinianiſchen und folgeweiſe im heutigen Recht Geltung hat, ſteht außer Zweifel[6]. Sie

---

mächtniß einer res aliena, cuius commercium legatarius non habet; hier kommt ſein Commercium nicht in Betracht, weil bei dem Vermächtniß einer res aliena die aestimatio als Gegenſtand angeſehen wird. Die beiden anderen Stellen ſprechen von Sachen, deren Commercium der Legatar hat, die er blos aus factiſchen Gründen nicht im Eigenthum haben kann; vgl. l. 4 pr. D. de re milit. (49. 16), l. 35 D de leg. (32). v. Bangerow a. a. O. § 525 Anm. 1. Mommſen in ſeiner Ausgabe will in der l. 40 cit. ſtatt possidendi non est leſen possidendi est, vgl. dagegen Dernburg a. a. O. Note 4 und über die verſchiedenen Auslegungen dieſer Stelle Arndts in Glück's Comment. Bd. 46 S. 106 ff.

[1] l. 49 § 3 D. de leg. (31).

[2] Puchta Vorl. § 528 a. E.

[3] l. 5 D. h. t. Regula Catoniana ad novas leges non pertinet. Unter den novae leges ſind die leges Iulia et Papia Poppaea zu verſtehen (§ 3 S. 68 Note 4); darüber iſt man heute einverſtanden, vgl. v. Bangerow a. a. O. § 540 sub IV.

[4] § 3 S. 72 Note 4.

[5] Vgl. oben § 3 S. 65 v. Bangerow a. a. O. sub I. 5. A. M. Windſcheid a. a. O. Note 6 und gegen ihn Brinz a. a. O. § 429 Note 8. Der Streit hat übrigens keine Bedeutung, weil heute alle Perſonen, auch die juriſtiſchen, abgeſehen von der hereditas iacens, mit Vermächtniſſen bedacht werden können, § 3 S. 66.

[6] Die Gründe, aus welchen man ſie beſtritten hat, bedürfen keiner Widerlegung mehr; vgl. v. Bangerow a. a. O. sub V, Windſcheid a. a. O. Note 17.

beruht auf folgender Erwägung: der Erblaſſer muß bedenken, daß er alsbald nach der Errichtung des Vermächtniſſes ſterben kann, deßhalb muß er Vermächtniſſe pure ſo anordnen, daß ſofort bei der Errichtung alle Erforderniſſe für den Inhalt der Vermächtnißobligation vorhanden ſind; nur bei bedingten Vermächtniſſen rechtfertigt es ſich, wenn er noch auf eine Aenderung rechnet, wie ſie die Wirkſamkeit des Vermächtniſſes vorausſetzt.

Auf Erbeinſetzungen findet die regula Catoniana keine Anwendung, weil ſie keine Obligation zwiſchen dem Honorirten und einem Onerirten begründen[1]. Auch für bedingte Erbeinſetzungen gilt die l. 210 D. de R. I. (50. 17): quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest[2].

c. Subſtitutionen*.

§ 112.

Eine Subſtitution kann bei Vermächtniſſen in doppelter Geſtalt vorkommen: als directe oder als fideicommiſſariſche Subſtitution.

1. Eine directe Subſtitution iſt ein Vermächtniß unter der Bedingung, daß der zunächſt Honorirte das Vermächtniß nicht erwerben will oder kann[3]. Sie entſpricht alſo der Vulgarſubſtitution bei der Erbeinſetzung. Deshalb gelten die für dieſe maßgebenden Grundſätze auch für ſie, ſoweit dieſelben auf Vermächtniſſe Anwendung finden können: die Grundſätze über die Wirkungen der Bedingung pendente, deficiente und existente conditione, und die Grundſätze über die Erforderniſſe für die Erfüllung der Bedingung (§ 80).

2. Eine fideicommiſſariſche Subſtitution oder substitutio precaria iſt eine Subſtitution für den Fall, daß der

---

[1] l. 3 D. h. t. Catoniana regula non pertinet ad hereditates . . .

[2] l. 4 D. h. t. Placet, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere.

* Vgl. Brinz, Pandekten Band 3 § 423 S. 379.

[3] l. 50 pr. D. de leg. (31). l. 77 § 13 D. eod. l. 3 D. de adim. leg. (34. 4). c. un. § 7 C. de cad. toll. (6. 51). c. 6 C. de leg. (6. 37).

Vermächtnißnehmer das Vermächtniß erwirbt. Man bezeichnet durch diesen Ausdruck die Verfügung, nach welcher das von einem Vermächtnißnehmer erworbene Vermächtniß successive an andere Personen kommen soll[1]. Deßhalb nennt man diese Verfügung auch ein successives Vermächtniß. Bei demselben ist der mit dem Vermächtniß Honorirte zugleich mit demselben pure oder sub conditione oder unter einem dies a quo zu Gunsten eines zweiten Legatars onerirt: er soll es sofort oder beim Eintritt der Bedingung oder des Termins an den zweiten Legatar herausgeben. Dieselbe Auflage kann dem zweiten Legatar zu Gunsten eines Dritten, und diesem zu Gunsten eines Vierten u. s. f. gemacht werden. Das dem ersten Legatar auferlegte Vermächtniß an den zweiten und das diesem auferlegte Vermächtniß an den dritten u. s. f. enthält die condito tacita, daß der nachfolgende Legatar den Eintritt der Bedingung oder des Termins erlebt, mit dem ihm das Vermächtniß deferirt werden soll. Stirbt daher der zweite Legatar vor dem ersten, so behält dieser das Vermächtniß, er hat es nicht an den tertio loco ernannten Legatar zu leisten: denn das Vermächtniß an diesen ist nicht ihm, sondern nur dem zweiten Legatar auferlegt worden[2]. Der Satz: substitutus substituto est substitutus et instituto[3] hat also bei der fideicommissarischen Substitution keine Geltung.

In dieser Weise kann auch ein s. g. Familienfideicommiß[4] (fideicommissum familiae relictum) errichtet werden

---

[1] l. 29 pr. D. leg. (31). l. 39 pr. D. de leg. (32), l. 36 § 1 D. de cond. (35. 1). c. 2 C. quando dies (6. 53). Eine fideicommissarische Substitution nennt man auch das dem Erben auferlegte Universalfideicommiß: s. g. indirecta oder obliqua heredis substitutio.

[2] z. B. A soll mein Haus als Vermächtniß erhalten, von ihm nach 5 Jahren B, von diesem nach 5 Jahren C. Oder: mein Erbe soll dem A $^1/_4$ des Nachlasses herausgeben, nach dem Tode des A soll dieses $^1/_4$ an B kommen, nach dessen Tode an C. Stirbt hier B vor Ablauf der 5 Jahre oder vor dem A, so bleibt das Vermächtniß bei diesem.

[3] Vgl. oben § 80 S. 520.

[4] Lewis, Das Recht des Familienfideicommisses (1868). Sintenis Civilr. Bd. 3 § 209. Windscheid Pand. Bd. 3 § 637 und die hier Citirten.

d. i. ein Vermächtniß mit der Auflage, daſſelbe den Angehörigen einer beſtimmten Familie, des Erblaſſers oder eines Andern, zu hinterlaſſen[1]. Zur Familie zählen alle Verwandten und in deren Ermangelung auch der Ehegatte eines verſtorbenen Deſcendenten[2]. Hat der Erblaſſer nichts anderes beſtimmt, ſo kann der jedesmalige Inhaber des Vermächtniſſes den Gegenſtand deſſelben (die vermachte Sache, Summe oder Erbſchaftsquote) nach ſeiner Wahl einem oder mehreren Familiengliedern zuwenden[3]. Unterläßt er dies oder überträgt er den Gegenſtand an einen extraneus, ſo können die Familienglieder das Vermächtniß fordern: an erſter Stelle die nächſten Verwandten desjenigen, für deſſen Familie das Vermächtniß beſtimmt iſt, nach ihnen die nächſten Verwandten des jedesmaligen Fideicommißinhabers[4]; ſie verlieren aber ihren Anſpruch, ſoweit ſie zur Veräußerung ihre Einwilligung gegeben haben[5]. Nach Nov. 159 c. 2 und 3 erliſcht das Familienfideicommiß post quatuor generationes: in der Hand des vierten Inhabers wird ſein Gegenſtand freies Gut[6].

---

[1] l. 114 § 14 sqq. D. de leg. (30). Dem römiſchen Familienfideicommiß ſteht das deutſchrechtliche als ein ſelbſtändiges Rechtsinſtitut gegenüber, vgl. v. Gerber, Deutſch. Privatrecht § 83, 84 und die in der vorigen Note citirte Schrift von Lewis.

[2] c. 5 C. de V. S. (6. 38).

[3] l. 114 § 17 D. de leg. (30). l. 67 pr. § 2 D. de leg. (31).

[4] l. 69 § 3 D. de leg. (31). l. 67 § 3—7 D. eod. l. 114 § 15—18. D. de leg. (30). Vgl. Windſcheid a. a. O. Note 5.

[5] l. 120 § 1 D. de leg. (30). l. 77 § 27 D. de leg. (31). c. 11 C. de fideic. (6. 42).

[6] Die Novelle beſtimmt dies für einen Fall, wo der vorletzte Inhaber vor Erreichung der Pubertät geſtorben war. Eine weitere über die vier Generationen hinaus geforderte Bedingung ſollte das gewiß nicht ſein. Windſcheid a. a. O. Note 7 nimmt dies an; a. M. die von ihm Citirten. Der Inhalt der Novelle iſt überhaupt beſtritten, vgl. Brinz a. a. O. Note 27. Wächter, Pandekten Bd. 2 § 316 Note 6, ſtellt überhaupt ihre heutige Geltung in Abrede, weil ſie nicht gloſſirt iſt und einzelne Gloſſatoren ausdrücklich ſagten: hanc non lego. Vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausführung. Bd. 3 S. 54, 66.

d. Wesensbestimmungen *.

§ 113.

Vermächtnissen können suspensive wie resolutive Bedingungen, Anfangs- wie Endtermine und Voraussetzungen hinzugefügt werden.

Sind vererbliche Rechte pure vermacht, so entsteht sofort mit dem Tode des Erblassers, weil ein Vermächtniß, wie die Erbschaft, ex tempore mortis hinterlassen wird[1], in seinem Nachlaß eine Schuld auf die vermachte Leistung[2], und gleichzeitig erwirbt der Legatar ipso iure[3] das Recht, der Gläubiger für diese Schuld zu werden, unter zwei conditiones iuris: unter der Bedingung, si heres erit[4], und, wenn sich diese durch den Erbschaftsantritt erfüllt hat, unter der weiteren Bedingung: si voluerit legatarius habere legatum[5]. Der Todestag des Erblassers, mit welchem er den obligatorischen Anspruch aus dem Vermächtniß unter der Bedingung si heres erit, erwirbt[6], heißt: dies legati cedens[7], und der Tag des Erbschaftsantritts, mit welchem er diesen Anspruch unter der

---

* D. 35. 1 de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. C. 6. 46 de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 434 ff. Brinz, Pand. Bd. 3 § 427. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 635. 636.

[1] l. 40 D. de O. et A. (44. 7). Vgl. § 4 S. 78 sub 1.

[2] l. 5 § 1 D. quando dies leg. (36. 2) . . . si purum legatum sit, ex die mortis dies eius cedit. l. 213 D. de V. S. (50. 16) Cedere diem significat incipere deberi pecuniam.

[3] l. 77 § 3 D. de leg. (31).

[4] l. 21 § 1 D. quando dies leg. (36. 2).

[5] l. 15 D. reb. dub. (34. 5). Vgl. meine Abhandl. über den obligat. Vertrag unter Abwesenden S. 58 ff. (in v. Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 11 S. 169 ff.)

[6] Aus diesem Anspruch hat er die spes debitum iri wie ein bedingter Vertragsgläubiger, § 4 I. de V. O. (3. 15). Die neueren Juristen bezeichnen diesen mit dem dies cedens eintretenden Rechtserwerb durch „Anfall" des Vermächtnisses, so Brinz a. a. O. und Windscheid a. a. O. § 642.

[7] l. 5 § 1 D. quando dies leg. (36. 2) c. un. § 1. 5. C. de cad. toll. (6. 51).

Poteſtativbedingung si volet erwirbt[1], heißt dies legati veniens[2]. Dieſer Erwerb bewirkt für ihn die Delation des Vermächtniſſes, welche ihm die Vermächtnißberechtigung giebt d. i. das Wahlrecht zwiſchen Agnition und Repudiation des Vermächtniſſes[3] (§ 114). Hat der Legatar den dies cedens erlebt, ſo iſt jetzt ſein Anſpruch vererblich[4], wenn er auch ſtirbt, bevor er die Bedingung si volet durch die Erklärung der Agnition erfüllt und damit die Vermächtnißforderung als unbedingte erworben hat[5]. Sind unvererbliche Rechte vermacht, neque dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit . . .: nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit[6].

Auf dieſe Rechtsverhältniſſe infſluiren die Nebenbeſtimmungen des Vermächtniſſes nach ihrer Verſchiedenheit in folgender Weiſe.

---

[1] Die Vermächtnißſchuld hat jetzt in dem Erben einen Debitor und der Legatar dieſelbe Stellung erhalten wie ein Vertragsgläubiger unter einer Poteſtativbedingung, vgl. § 3. 4 I. de emt. et vend. (3. 23). l. 20 § 1 D. de praeser. verb. (19. 5).

[2] l. 213 pr. D. de V. S. (50. 16). . . venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. l. 7 pr. D. quando dies leg. (36. 2). Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.

[3] Wie der heres extraneus durch die Delation der Erbſchaft in der Erbberechtigung das Wahlrecht zwiſchen Antritt und Repudiation erhält (§ 4), vgl. l. 7 D. de leg. (30). l. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2).

[4] l. 5 pr. § 7, l. 14 § 1 D. quando dies leg. (36. 2). l. 68 § 1 D. de leg. (30). Wo der Erblaſſer vererbliche Rechte vermacht hat, will er den Uebergang des Vermächtniſſes auf die Erben des Legatars, wenn dieſer ſeinen Tod erlebt hat, deßhalb knüpft ſich die Vererblichkeit ſchon an den dies cedens; die Verzögerung des Erbſchaftsantrittes iſt für die Erben unſchädlich.

[5] c. 3 C. quando dies leg. (6. 53). . . . petitionem ad heredem transmisit, licet ante decesserit, quam consequeretur legatum vel fideicommissum. Durch petitio legati bezeichnet das röm. Recht auch ſchon den obligatoriſchen Anſpruch, den der Legatar mit dem dies cedens erwirbt: c. 6 C. eod. . . . et posteaquam dies fideicommissi cessit. rebus humanis licet ignorans fideicommissum decessit, actionem huiusmodi acquiri potuisse, dissimulare non poteris . . .

[6] l. 2. 3. D. quando dies leg. (36. 2).

I. Bei einem Vermächtniß vererblicher Rechte unter einer Suspensivbedingung tritt der dies cedens und, wenn sie sich erst nach dem Erschaftsantritt erfüllt, auch der dies veniens, also die Delation, erst mit der Erfüllung der Bedingung ein[1]. Die Schuld auf die vermachte Leistung ist inzwischen noch nicht entstanden[2] und der Legatar ist noch nicht der bedingte Gläubiger auf diese Schuld geworden[3]. Aber er steht gleichwohl schon vor erfüllter Bedingung dem Nachlaß nicht rechtlos gegenüber[4]. Weil jedes Vermächtniß ex tempore mortis defuncti hinterlassen wird, erwirbt der bedingte Legatar schon beim Tode des Erblassers ein obligatorisches Recht gegen die Erbschaft[5] und nach dem Antritt gegen den Erben[6],

---

[1] l. 5 § 2 D. eod. c. un. § 7 C. de caduc. toll. (6. 51). Auch bei der Bedingung si volet, wenn der Erblasser sie als conditio facti aufstellen wollte, l. 65 § 1 D. de leg. (30). l. 69 D. de cond. (35. 1) vgl. § 4 S. 77 Note 1. Unmögliche und unerlaubte Bedingungen gelten auch bei Vermächtnissen pro non scriptis.

[2] l. 41 D. de condit. (35. 1) Legata sub conditione relicta non statim sed cum conditio extiterit deberi incipiunt, ideoque interim delegari non potuerunt.

[3] l. 42 pr. D. de O. et A. (44. 7) Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum extiterit conditio. Der bedingte Vertragsgläubiger ist schon pendente conditione Gläubiger, l. 42 § 1 D. de O. et A. (44. 7). l. 67 D. de V. O. (45. 1). § 4 I. de V. O. (3. 15), l. 54 D. de V. S. (50. 16) Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum eompetit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat. l. 27 pr. D. qui et a quib. man. (40. 9) . . . Diversa causa est legati sub conditione relicti: nam antequam conditio extiterit, inter creditores legatarius iste non habetur. Consequenzen in l. 27 pr. cit., l. 13 § 8 D. de accept. (46. 4). l. 8 § 1 D. de novat (46. 2). Vgl. meine Abhandl. S. 62 ff. u. S. 28 ff., (Jahrbb. S. 200 ff. S. 166 ff.)

[4] So wenig wie der sub conditione berufene Erbe, vgl. § 4 S. 78 Note 4 S. 79 Note 1.

[5] l. 8 § 1 D. de stip. praet. (46. 5) . . ex voluntate defuncti sperat legatum. Bei bedingten Vertragsobligationen ist die spes vererblich, § 4 I. de V. O. (3. 15).

[6] l. 65 D. de condit. (35. 1) Legato sub conditione relicto si heres, a quo sub conditione legatum est, pendente conditione moriatur, heredem suum obligatum relinquit.

welches ihn zwar noch nicht zum bedingten Gläubiger macht und deßhalb unvererblich ist, aus welchem er aber durch den Eintritt der Bedingung Gläubiger wird unter conditio iuris: si heres erit, und aus welchem durch die hereditatis aditio für ihn als Delaten die Vermächtnißforderung unter der conditio iuris der Agnition entsteht, so daß er durch die Agnition die Vermächtnißforderung selbst als eine unbedingte erwirbt[1]. Da sein Recht ex tempore mortis defuncti beginnt, hat der Legatar schon pendente conditione gegen den Onerirten einen Anspruch auf Caution durch Bürgen für die künftige Erfüllung des Vermächtnisses[2]; und da dieses bedingte Recht durch die erfüllte Potestativbedingung der Agnition, nicht schon durch die Erfüllung der dem Vermächtniß hinzugefügten conditio facti, eine perfecte Vermächtnißforderung wird, so muß die Erfüllung dieser conditio iuris beim legatum purum wie beim legatum sub conditione auf die Todeszeit des Erblassers zurückgezogen werden[3]. Durch diese Rückziehung wird der Gegenstand der Vermächtnißforderung nicht um die während der Pendenz vom Onerirten gezogenen Früchte erweitert[4], wenn der Erblasser sie nicht hinterlassen wollte: was aus dem Vermächtniß geschuldet wird, darüber entscheidet bis zur Perfection der Forderung nur der Inhalt der Verfügung, durch welche der Erlasser das Vermächtniß angeordnet hat[5]. Die Wirkung der Rückziehung beschränkt sich darauf, daß die von der Vermächtnißforderung abhängigen Rechtsverhältnisse, die vor der Agnition be-

---

[1] l. 13 D. de cond. inst. (28. 7) Ei qui ita hereditatem vel legatum accepit, „si decem dederit", neque hereditas neque legatum aliter acquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri solet.

[2] l. 1 pr. § 2. 14 D. ut legator. (36. 3). Seuffert, Arch. Bd. 42 Nr. 45.

[3] Wie der Erbschaftsantritt des heres voluntarius, vgl. § 3 S. 74 sub III, § 4 S. 78 sub 1, § 44 S. 273 ff.

[4] Sondern nur um die Accessionen, die integrirende Theile der vermachten Sachen sind, l. 16 D. de leg. (32).

[5] l. 26 D. de leg. (32) . . . post moram non tantum fructus sed etiam omne damnum . . . praestare cogitur.

gründet sind und deßhalb in pendenti waren, mit der Agnition rückwärts zur definitiven Geltung kommen[1]. Will der Erblasser diese Rückziehung ausschließen, so muß er das Vermächtniß unter einem dies incertus hinterlassen[2] d. i. unter einer Suspensivbedingung, die eine Zeitbestimmung in sich schließt[3]: soll die Vermächtnißforderung nach seinem Willen durch die Agnition erst von da ab perfect werden, wo sich die Bedingung erfüllt, so datiren auch die von dieser Forderung abhängigen Rechtsverhältnisse erst von da ab[4].

[1] z. B. das vom Erben pendente conditione für die Vermächtnißforderung bestellte Pfandrecht datirt nach der Agnition vom Moment seiner Bestellung, l. 9 § 2 D. qui pot. in pign. (20. 4). Ebenso die Cessionen oder Novationen der Vermächtnißforderung aus der Zeit vor dem Antritt des Erben, l. 8 § 1 D. de novat. (46. 2).'

[2] l. 75 D. de cond. (35. 1) Dies incertus conditionem in testamento facit, l. 30 § 4 D. de leg. (30).

[3] l. 22 pr. D. quando dies leg. (36. 2). l. 21 pr. D. eod. . . . at si incerta (dies) quasi „cum pubes erit", „cum in familiam nupserit", „cum magistratum inierit", cum aliquid demum, quod scribenti comprehendere sit commodum, fecerit, nisi tempus conditiove obtigit, neque res pertinere neque dies legati cedere potest. Der dies schließt das res pertinere d. i. die Delation, also den Eintritt des dies veniens aus, die conditio schon den Eintritt des dies cedens, l. 49 pr. D. de leg. (30).

[4] l. 41 § 1 D. de V. O. (45. 1) . . . dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur. Beispiele in l. 5 D. de novat. (46. 2). l. 12 D. de accept. (46. 4), l. 3 § 5 D. de statul. (40. 7), vgl. meine Abh. S. 38 ff. (Jahrbb. S. 176 ff.) — Möglich ist auch, daß der dies incertus nach dem Willen des Erblassers keine conditio in sich schließt, sondern blos ein Zahlungstermin ist, l. 26 § 1 D. quando dies leg. (36. 2). c. 5 C. h. t. (6. 53). l. 46 D. ad. SC. Treb. (36. 1) So namentlich bei dem Legat: heres meus cum ipse morietur Titio dato und heres meus cum morietur Titius centum ei dato. Im ersten Fall nehmen die römischen Juristen als Willen des Erblassers an: das Vermächtniß soll errichtet sein unter der conditio, daß der Legatar den Todestag des Onerirten erlebt, l. 79 § 1 D. de condit. (35. 1). l. 4 pr. D. quando d. leg. (36. 2), im zweiten Fall: es soll nicht errichtet sein unter der Bedingung, daß der Onerirte den Todestag des Legatars erlebt, sondern dieser Tag soll nur Zahlungstermin sein, l. 79 pr. D. eod. l. 4 § 1 D. quando d. leg. (36. 2). Diese wie andere Stellen verwandten Inhalts (l. 4, l. 13 D. quando dies leg. l. 1 § 2 D. de condit.) enthalten nur Willensinterpretationen; es ist also in derartigen Fällen quaestio facti, was der Erblasser gemeint hat, Brinz a. a. O. S. 408.

Iſt die Suspenſivbedingung eine conditio non faciendi, ſo gelten bei Vermächtniſſen wie bei Erbeinſetzungen die Grundſätze der cautio Muciana, vgl. § 57 und über das bedingte ſ. g. Eigenthumsvermächtniß unten § 126 sub I. 2.

Sind unvererbliche Rechte sub conditione vermacht, ſo tritt der dies veniens erſt nach dem Erbſchaftsantritt ein, wenn ſich die Bedingung erſt nach demſelben erfüllt.

II. Bei einem Vermächtniß unter einem dies certus a quo tritt der dies cedens, wie beim legatum purum, mit dem Tode des Erblaſſers ein[1], der dies veniens aber nicht mit dem Erbſchaftsantritt, ſondern erſt mit dem dies a quo, wenn er nicht ſchon vor der aditio hereditatis eingetreten iſt[2]; nur bei unbedingten und bei unbetagten Vermächtniſſen tritt er ſtets mit dem Antritt des Erben ein[3]. Das Recht des betagten Legatars beginnt wie das des bedingten ſchon ex tempore mortis defuncti, deßhalb hat er denſelben Cautionsanſpruch wie dieſer[4].

III. Reſolutivbedingungen und Endtermine machen das Vermächtniß zu einer pura donatio, quae sub conditione v. in diem resolvitur[5]. Sie heben durch ihren Eintritt die Rechte, welche der Legatar vor der Leiſtung des vermachten Gegenſtandes aus dem Vermächtniß erworben hat, ipso iure auf[6]. Iſt der vermachte Gegenſtand bereits vom Onerirten geleiſtet, ſo kommt die Beſchaffenheit deſſelben in Betracht. Beſteht er in Rechten,

---

[1] l. 5 § 1 D. h. t. (36. 2). l. 9 D. ut legat. (36. 3) . . . deberi enim dicimus et quod die certa legatario praestari oportet, licet dies nondum venerit.

[2] § 2 I. de V. O. (3. 15) . . . statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest. l. 21 pr. D. quando dies leg. (36. 2). c. 5 C. h. t. (6. 53). c. un. § 7 C. de cad. toll. (6. 51).

[3] l. 32 pr. D. de leg. (31).

[4] l. 1 pr. D. ut. legat. (36. 3).

[5] vgl. l. 1 pr. D. de donat. (39. 5).

[6] c. 26 C. de legat. (6. 37). In dieſer Conſtitution hob Juſtinian die urſprüngliche Unzuläſſigkeit dieſer beiden Nebenbeſtimmungen bei Vermächtniſſen auf, mit der Beſtimmung, daß ſie dieſen mit derſelben Wirkung wie Schenkungen und anderen Verträgen ſollen hinzugefügt werden können.

die wieder an den Onerirten oder an einen anderen Bedachten kommen sollen, so tritt auch dieser Rückfall ipso iure ein, und besteht er in Rechten, die untergehen sollen (z. B. Servituten), so tritt auch dieser Untergang ipso iure ein, aber hier wie dort ohne rückwirkende Kraft[1]. Beide Fälle können vorkommen beim Eigenthumsvermächtniß, durch welches Eigenthum oder ein ius in re an Erbschaftssachen unter einer Resolutivbedingung oder einem Endtermin hinterlassen ist. Besteht der vermachte Gegenstand in fungiblen Sachen, so haben beide Nebenbestimmungen keine dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung: der Legatar wird nur zur Restitution in genere verpflichtet[2]; aber überall muß er Caution für Restitution des Empfangenen bestellen[3].

IV. Voraussetzungen sind nach der früheren Ausführung (S. 511 sub IV) Resolutivbedingungen, die keine dingliche, sondern nur obligatorische Wirkung haben. Die Ermangelung der Voraussetzung, unter welcher ein Vermächtniß errichtet ist, begründet deßhalb für den Onerirten nur eine Einrede gegen die Ansprüche des Legatars[4] oder eine Forderung auf Restitution dessen, was der Legatar bereits erhalten hat[5]. Ist die Voraussetzung ein Modus, so braucht der Onerirte erst zu leisten, wenn ihm für die Erfüllung des Modus Caution bestellt worden ist[6].

---

[1] Dieser steht auch bei der Resolutivbedingung der dies incertus entgegen, den sie in sich schließt.

[2] Vgl. meine Abh. S. 52 ff., (Jahrbb. S. 190 ff.)

[3] c. 26 cit.

[4] l. 72 § 6 D. de cond. (35. 1). l. 7 D. de fid. lib. (40. 5) l. 88 § 13 D. de leg. (31).

[5] l. 27 D. de usu et usufr. (33. 2). l. 43 pr. D. de condit. (35. 1). Weitere Stellen bei Windscheid a. a. O. § 636 Note 2.

[6] l. 19 D. de leg. (32). l. 80 D. de condit. (35. 1). Ueber den Modus zu Gunsten eines Dritten und eventuelle Erzwingung desselben durch die Obrigkeit vgl. c. 3 C. de donat. quae sub modo (8. 55), l. 50 § 1 D. de H. P. (5. 3). l. 7 D. de ann. leg. (33. 1).

III. Delation des Vermächtnisses*.

1. Natur der Vermächtnißberechtigung.

§ 114.

Aus dem Vermächtniß erwirbt der Legatar mit dem dies cedens (§ 113) zunächst originär und ipso iure ein obligatorisches Recht auf den vermachten Gegenstand unter der durch Rechtsvorschrift aufgestellten Bedingung, daß der berufene Erbe die Erbschaft antritt (si heres erit). Mit dem dies veniens (§ 113) entsteht für ihn aus diesem Recht nach Rechtsvorschrift die Vermächtnißforderung unter der Bedingung, daß der Legatar das Vermächtniß agnoscirt (si voluerit legatarius habere legatum)[1]. Durch den Erwerb unter dieser Potestativbedingung erfolgt an ihn die Delation des Vermächtnisses[2]. Wie die Delation der Erbschaft für den heres extraneus die Erbberechtigung begründet d. i. das Wahlrecht zwischen Antritt und Repudiation der Erbschaft[3], so begründet die Delation des Vermächtnisses für den Legatar die Vermächtnißberechtigung d. i. das Wahlrecht zwischen Antritt und Repudiation des Vermächtnisses[4]. Er hat jetzt die Ver-

---

* Pöschmann, Observationum ad ius anteiustinianeum et iustinianeum triga. (Lipsiae 1857) observ. 1, und dessen Studien zu Gaius Heft 2 (Leipzig 1860) Vorwort. Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S 427 ff., meine Abhandl. in v. Jhering's Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 184 ff., v. Jhering, Jahrbb. f. Dogm. Bd. 10 S. 476 ff., meine Abhandl. über den obligatorischen Vertrag unter Abwesenden S. 58 ff. (in v. Jhering's Jahrbb. f. Dogm. Bd. 11 S. 196 ff.). Die herrschende Doctrin nimmt an, daß bei Vermächtnissen überhaupt keine Delation, sondern die sofortige Acquisition des Vermächtnisses eintrete: Fitting, Arch. f. civ. Pr. Bd. 42 S. 147 ff., v. Crailsheim ebenda Bd. 47 S. 370 ff, v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 529, Brinz, Pand. Bd. 3 § 427 Note 50. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 643.

[1] Ueber den dies cedens und veniens bei bedingten und betagten Vermächtnissen vgl. § 113 sub I und II.

[2] l. 7 D. de leg. (30). Legatum servo delatum . . .

[3] Vgl. § 4.

[4] l. 80 D. de leg. (31). Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas . . . l. 15 D. de reb. dub. (34. 5) . . . si quidem voluerit legatarius . . si vero repudiaverit. l. 13 D. de cond. inst. (28. 7) . . . neque hereditas neque legatum aliter acquiri potest,

mächtnißforderung erworben unter der Bedingung, daß er sie haben will, deßhalb ist sie ihm jetzt deferirt.

Bei einem s. g. Forderungsvermächtniß (§ 126) d. i. dasjenige, durch welches fremde oder fungible Sachen oder Summen hinterlassen sind, tritt mit dem dies veniens nur diese Delation der Vermächtnißforderung für den Legatar ein. Dagegen beim s. g. Eigenthumsvermächtniß (§ 126), durch welches das Eigenthum oder ein ius iure an Erbschaftssachen hinterlassen ist, werden nach Rechtsvorschrift neben der Vermächtnißforderung auch die vermachten dinglichen Rechte dem Legatar deferirt: er erwirbt auch sie unter der Bedingung der Agnition[1]. Er kann daher nach der Agnition, wie er will, mit der actio in personam aus der Vermächtnißforderung gegen den Onerirten auf solutio klagen, oder mit den actiones in rem aus den vermachten dinglichen Rechten gegen Jeden, der ihn an der Ausübung hindert oder sie stört[2], während er bei dem Forderungsvermächtniß auf die actio in personam beschränkt ist. Die Agnition der vermachten dinglichen Rechte hat in derselben Weise rückwirkende Kraft wie die Agnition der Vermächtnißforderung[3], aber natürlich nicht wie diese ex tempore mortis defuncti, sondern ex die aditae hereditatis, da sie erst von da an vom Legatar sub conditione der Agnition erworben sind. Agnoscirt er die vermachten Sachen, so gehören sie ihm rückwärts, ex quo hereditas adita est, repudirt er sie, so haben sie rückwärts dem Erben gehört[4]. Bis sich dies ent-

---

quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri solet. l. 38 § 1 D. de leg. (30) Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit.

[1] Gaius II. 195 Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. Unter die abweichende Ansicht der Sabinianer siehe unten S. 735 Note 4.

[2] c. 1 pr. C. comm. de leg. (6. 43); vgl. l. 76 § 8 D. de leg. (31).

[3] Vgl. § 113 S. 729 Note 3 ff.

[4] l. 44 § 1 D. de leg. (30) . . ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est, si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis.

ſcheidet, gehören ſie proviſoriſch noch keinem von beiden[1], erſt durch das postfactum der Agnition oder Repudiation wird es gewiß, wem von beiden ſie in der Zwiſchenzeit gehört haben[2], ſo lange iſt es in suspenso[3].

Die Vermächtnißberechtigung hat, abgeſehen von ihrer Vererblichkeit, dieſelbe juriſtiſche Natur, wie die Erbberechtigung. Dieſe geht mit dem Tode des Delaten unter, wenn kein Transmiſſionsfall vorliegt, das Recht des Legatars wird ſchon auf ſeine Erben transmittirt, wenn er den dies cedens erlebt hat, obwohl er vor dem Erwerb der Vermächtnißberechtigung geſtorben iſt. Im Uebrigen ſteht die Vermächtnißberechtigung der Erbberechtigung gleich.

1. Auch mit der Vermächtnißberechtigung verbindet ſich ein Deliberationsrecht (§ 16) d. i. die Befugniß des Legatars, ſich die Wahl zwiſchen Agnition und Repudiation zu überlegen[4].

---

[1] Gaius II. 200 . . . nullius interim eam rem esse.

[2] l. 8 D. de R. C. (12. 1) . . pendet ut ex post facto confirmetur. l. 15 D. de reb. dub. (34. 5).

[3] l. 86 § 2 D. de leg. (30) . . . in suopenso est: nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligetur. Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur. l. 8 D. de R. C. (12. 1). Ueber die weiteren praktiſchen Conſequenzen dieſer Regel ſiehe unten § 126.

[4] l. 15 D. de reb. dub. (34. 5) Marcianus . . si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. Dies war die Lehre des Proculus, der nach Gaius II 195 (S. 734 Note 1) für das Vindecationslegat den Satz aufſtellte: non aliter rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sabinus und Caſſius lehrten dagegen nach Gaius l. c., daß die vermachte Sache statim post aditam hereditatem fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum, et posteaquam scierit et spreverit legatum, perinde esse atque si legatum non esset. Sie beſtritten alſo die Delation des Vermächtniſſes und nahmen nach Analogie des Erbſchaftserwerbes eines heres suus (§ 31) eine ſofortige Acquiſition des Vermächtniſſes an unter der

Würde ihm das Vermächtniß nicht deferirt, ſo könnte er die Befugniß zur Repudiation überhaupt nicht haben: denn repudiiren kann man nur das, was man erwerben kann, wenn man will[1], und deßhalb deferirt iſt, nicht, was man ſchon erworben hat oder noch nicht deferirt iſt[2]. Aus dieſem Grunde kann der heres suus nicht repudiiren, ſondern nur abſtiniren. Auch für den Legatar giebt es, wie für den Erben, keine geſetzliche Deliberationsfriſt, aber es kann auch ihm, wie dem Erben, vom Teſtator oder auf Antrag der intereſſirten Perſonen (des Onerirten, der Kollegatare, der Nachlegatare) durch den Richter ein tempus deliberandi geſetzt werden: nec minimum, nec maximum. Das geſchieht hier unter dem Präjudiz der Repudiation, weil die Erbſchaftsgläubiger durch die verzögerte Entſcheidung nicht benachtheiligt werden[3].

2. Auch die Vermächtnißberechtigung iſt, weil ſie wie die Erbberechtigung nur eine facultas acquirendi gewährt, kein Vermögensrecht des Legatars. Rechte, welche dritte Perſonen an ſeinem Vermögen haben, ergreifen deßhalb ſeine Vermächtnißberech-

---

reſolutiven conditio iuris: si nolet. Von dieſen beiden Anſichten wurde nach Gaius l. c. die des Proculus durch eine Conſtitution von Antoninus Pius recogirt: hodie . . . hoc magis iure uti videmur quod Proculo placuit. Nach dieſer Entſcheidung des Kaiſers fand nur noch die Prociani-niſche Lehre Anwendung: wie bei Marcianus l. c. auch bei Ulpian, l. 44 § 1 D. de leg. (30), bei Papinian, l. 80 D. de leg. (31) und ſchon bei Julianus, l. 86 § 2 D. de leg. (30) und bei Pomponius, l. 8 D. de R. C. (12. 1), l. 38 § 1 D. de leg. (30), l. 19 § 1 D. quemadm. serv. am. (8. 6); vgl. meine citirten Abhandlungen in v. Ihering's Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 187 ff., Bd. 11 S. 205 ff. (im Separatabdruck S. 67 ff.) Die heute herrſchende Anſicht ſieht in dieſen Stellen Anwendungen der Sabinianiſchen Lehre und nimmt deßhalb an, dieſe ſei bei uns gemeines Recht. Ueber die praktiſchen Conſequenzen dieſer Lehre vgl. unten § 126.

[1] l. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2). Is potest repudiare, qui et acquirere potest. l. 174 § 1 D. de R. I. (50. 17). Quod quis si velit habere non potest, id repudiare non potest.

[2] l. 1 § 7 D. de succ. edict. (38. 9) . . . quod acquisitum est repudiari non potest. l. 1 § 5 D. eod. . . . nequaquam poterit repudiare, quia necdum delata est.

[3] l. 13 D. de solut. (46. 3); bei der Deliberation des Erben geſchieht es unter dem Präjudiz des Antritts, vgl. § 16 S. 140 Note 2.

tigung nicht, und Rechtsvorschriften, die ausschließlich dem Vermögensrecht angehören, finden auf sie keine Anwendung. Die Gläubiger des Legatars können sie nicht als Befriedigungsobject für sich in Anspruch nehmen, ihn nicht zur Agnition zwingen, auch seine Repudiation im Fall der Insolvenz nicht anfechten[1], und es fehlen z. B. die Voraussetzungen für das Verbot der donatio inter virum et uxorem, wenn ein Ehegatte das ihm deferirte Vermächtniß zu Gunsten des andern repudiirt[2]. Erst die durch Agnition erworbenen Rechte, die Vermächtnißforderung und die vermachten dinglichen Rechte, sind Vermögensrechte des Legatars.

3. Auch die Vermächtnißberechtigung ist ein unveräußerliches Recht wie die Erbberechtigung (§ 17). Sie ist vererblich, wenn vererbliche Rechte vermacht sind, aber übertragen kann sie der Legatar nicht auf Andere. Will er das Vermächtniß nicht haben, so muß es nach dem Willen des Erblassers dem Substituten deferirt werden, oder beim Onerirten bleiben[3].

4. Auch die Vermächtnißberechtigung kann als eine alternative Befugniß in doppelter Weise ausgeübt werden: durch die Erklärung der Agnition oder der Repudiation. Als ein Wahlrecht geht auch sie durch einmalige Ausübung unter: wenn der Legatar einmal agnoscirt hat, kann er nicht mehr repudiiren und umgekehrt. Auch bei ihr ist die Erklärung der Agnition und der Repudiation nicht an eine Form gebunden; sie kann deßhalb nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch concludente Handlungen erfolgen. Für die stillschweigende Erklärung gelten analoge Grundsätze wie für die pro herede gestio und für die stillschweigende Repudiation des Erben (§ 6); ebenso für die Erklärung durch einen Stellvertreter (§ 10—15). Beide Erklärungen sind nach Analogie der Erbberechtigung ungültige Rechtsgeschäfte wegen Nichtexistenz des

[1] l. 6 pr. § 4 D. quae in frund. cred. (42. 8), vgl. l. 1 § 6 D. si quid in fraud. patr. (38. 5). Vgl. § 4 S. 84 sub a.

[2] l. 5 § 14 D. de don. i. v. et u. (24. 1). l. 5 § 5 D. de iure dot. (23. 3). l. 5 § 8 D. de reb. eor. (27. 9). l. 5 pr. D. de V. S. (50. 16). Vgl. § 4 S. 85 sub b. Abweichend Seuffert, Arch. Bd. 50 Nr. 26 (R. G.)

[3] Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 215 ff.

erforderlichen Willens (§ 7), wegen Nichtübereinstimmung zwischen Willen und Erklärung (§ 8)[1], wegen Ungewißheit (§ 9)[2] und wegen Nichtexistenz der Vermächtnißberechtigung (§ 6 S. 96 Note 6)[3]. Agnoscirt der Legatar das deferirte Vermächtniß blos pro parte, so erwirbt er es demungeachtet ganz[4]: Die Ausübung der Vermächtnißberechtigung ist untheilbar wie die Ausübung der Erbberechtigung (§ 6 S. 99)[5]. Mit der Transmission auf die Erben des Legatars wird sie theilbar; jeder Erbe erhält eine Quote des deferirten Vermächtnisses, die der eine agnosciren, der andere repudiiren kann[6]. Sind demselben Legatar mehrere Vermächtnisse deferirt, so entstehen mehrere selbständige Vermächtnißberechtigungen; wenn sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend als untrennbare hinterlassen sind, kann die eine durch Agnition, die andere durch Repudiation ausgeübt werden[7].

5. Auch bei der Vermächtnißberechtigung hat die Agnition in gleicher Weise rückwirkende Kraft, wie bei der Erbberechtigung der Erbschaftsantritt (§ 44): für die Vermächtnißforderung ex tempore mortis defuncti, für die vermachten dinglichen Rechte nur exdie aditae hereditatis (§ 113).

---

[1] Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 205 ff.

[2] l. 23 D. de A. v. O. H. (29. 2). In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de suo iure is, qui repudiat. Jahrbb. a. a. O. S. 206 ff. Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 339.

[3] l. 45 § 1 D. de leg. (31). Abweichend Seuffert, Arch. Bd. 7 Nr. 339 S. 410.

[4] l. 4 D. de leg. (31). l. 58 D. eod.

[5] Paulus R. S. III. 6 § 12 „exemplo heredis".

[6] l. 38 pr. D. de leg. (30).

[7] l. 5 pr. D. h. t. (31), l. 5 § 1 D. eod. Sed si unum ex legatis onus habet et hoc repellatur, non idem dicendum est. l. 22 pr. D. de fideic. libert. (40. 5) . . . si tamen pecuniae propter interventum Falcidiae non agnoverit, cogendus est et pecuniam accipere habita legis Falcidiae ratione.

2. Aufhebung der Delation.

§ 115.

Die mit dem dies veniens (§ 113) eingetretene Delation, welche die Agnition oder Repudiation aus der Vermächtnißberechtigung ermöglicht, wird aus folgenden Gründen aufgehoben:

1. wenn der Delat die testamenti factio passiva verliert, nach denselben Grundsätzen wie bei der Delation der Erbschaft, vgl. § 3 S. 66 sub c.;

2. wenn der Delat gültig die Agnition oder Repudiation erklärt hat, vgl. § 114 sub 4;

3. wenn beim Tode des Delaten neben seinen Erben Substituten existiren, die nach dem Willen des Erblassers oder nach Rechtsvorschrift den Vorzug vor den Erben haben. An sich vererbt sich das Vermächtniß schon, wenn der Legatar den dies cedens erlebt hat (S. 727 Note 4. 5). Ist ihm aber ausdrücklich oder stillschweigend unter der Bedingung si volet das Vermächtniß hinterlassen d. i. unter der Bedingung, daß er selbst noch die Agnition erklärt, so gehen, wo dies in Verbindung mit der Ernennung von Substituten geschehen ist, diese den Erben des Legatars nicht blos dann vor, wenn er die Agnition versäumt hat, sondern auch, wenn er sie nicht vornehmen konnte, weil er vor dem dies veniens starb, mit dem erst die Erfüllung dieser Bedingung möglich wird[1]. Abgesehen von diesem Fall wird die Transmission des Vermächtnisses auf die Erben zu Gunsten der Substituten nur dann ausgeschlossen, wenn der Legatar die Agnition erklären konnte, aber dies ohne gerechtfertigten Grund unterließ. Konnte er nicht agnosciren, weil der dies veniens bei seinem Tode noch nicht eingetreten war, oder hatte er nach dem dies veniens eine iusta causa für die Unterlassung der Agnition, z. B. wegen Ungewißheit seiner Vermächtnißberechtigung, so erfolgt die Transmission des Vermächtnisses auf die Erben des Legatars[2];

[1] l. 65 § 1 D. de leg. (30). Bei anderen Potestativbedingungen bewirkt ihre Erfüllung nur die Delation des Vermächtnisses, vgl. S. 729 Note 1, l. 26 D. de condit. (28. 7) S. 83 Note 4 ff.

[2] l. 3 § 1 D. de adim. v. transf. leg. (34. 4). l. 25 pr. D. ad SC. Treb. (36. 1). Ueberseh̃en sind diese Stellen von Zimmern im Arch. f.

4. wenn der Legatar ein indignus ist. Die Indignitätsgründe für Vermächtnisse geben zum Theil das Recht der Ereption dem Fiscus oder einer anderen Person, zum Theil vereiteln sie das Vermächtniß zum Vortheil des Onerirten:

a) Das Recht der Ereption entsteht größtentheils aus denselben Gründen wie bei Erbschaften und zwar für den Fiscus in den Fällen, die in § 18 sub I 1—4 und 7 und 8 aufgezählt sind, für andere Personen in den Fällen sub II.

b) Zum Vortheil des Onerirten erlischt das Vermächtniß: wenn der Legatar das Testament verheimlicht hat[1], wenn er etwas aus der Erbschaft entwendet hat — hier mindert sich das Vermächtniß um den Werth des Entwendeten[2] — und wenn er den Erblasser nach der Errichtung des Vermächtnisses beschimpft hat, sofern es nicht schon in Folge dessen durch stillschweigenden Widerruf aufgehoben worden ist[3].

Das Recht der Ereption hat bei Vermächtnissen dieselbe juristische Natur, wie bei Erbschaften. Der unwürdige Legatar und der Ereptor erwerben gleichzeitig die gleiche Vermächtnißberechtigung in gleicher Weise und mit gleichen Wirkungen, wie der unwürdige Erbe und der Ereptor gleichzeitig die Erbberechtigung erwerben (§ 19).

IV. Acquisition des Vermächtnisses.

1. Rechte und Schutz des Legatars.

§ 116.

Der Erwerb des Vermächtnisses erfolgt durch die Agnition des Legatars nach dem Eintritt des dies veniens. Sie bewirkt bei einem Vermächtniß, welches auf Leistung von fremden oder fungiblen Sachen oder von Summen gerichtet ist (Forderungs-

---

civ. Pr. Bd. 9 S. 357 ff., berücksichtigt dagegen in Geiger's und Glück's merkwürdigen Rechtsfällen Bd. 1 S. 111 ff., vgl. meine Abh. in d. Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 207 ff.

[1] c. 25 C. de legatis (6. 37).

[2] c. 5 C. eod. l. 48 D. ad S. C. Treb. (36. 1).

[3] l. 1. 9 § 1 D. de his quae ut ind. (34. 9). l. 31 § 2 D. de adim. v. transf. leg. (34. 4).

vermächtniß § 114. 126), quasi ex contractu den Erwerb der Vermächtnißobligation ex tempore mortis defuncti mit einer actio in personam (actio ex testamento oder actio legatorum) gegen den Onerirten auf diese Leistung[1]. Bei einem Vermächtniß, durch welches Eigenthum oder iura in re an Sachen hinterlassen sind, die beim Eintritt des dies veniens zum erbschaftlichen Vermögen gehören (Eigenthumsvermächtniß § 114. 126)[2], bewirkt sie neben dem Erwerb der Vermächtnißobligation den Erwerb dieser dinglichen Rechte ex die aditae hereditatis mit den entsprechenden actiones in rem gegen Jeden, der sie verletzt. Dieser dingliche Erwerb kann durch den Willen des Erblassers ausgeschlossen werden[3]; ist dies nicht geschehen, so hat der Legatar nach seiner Wahl die actiones in rem, oder die actio in personam gegen den Onerirten auf Einräumung der vermachten dinglichen Rechte[4].

Für die Vermächtnißobligation gelten folgende Grundsätze:

1. Den Gegenstand der Forderung bildet die Leistung, auf welche die benigne zu interpretirende Willenserklärung des Erblassers gerichtet ist, durch welche er das Vermächtniß angeordnet

[1] § 5 I. de oblig. quasi ex contr. (3. 27). l. 5 § 2 D. de O. et. A. (44. 7). Die Klage war eine condictio, l. 9 § 1 D. de R. C. (12. 1).

[2] Ein gültiges Eigenthumsvermächtniß liegt nicht blos vor, wenn die vermachte Sache eine res hereditaria zur Todeszeit des Erblassers war, wie die herrschende Doctrin annimmt (Windscheid, Pand. Bd. 3 § 446 Note 3), sondern unzweifelhaft auch dann, wenn sie erst Bestandtheil der hereditas iacens geworden ist, § 2 sub I. 1. Aber Sachen des Onerirten können so wenig wie Sachen, die im Eigenthum eines Dritten stehen, Gegenstand des Eigenthumsvermächtnisses sein. Gegen Marezoll, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. Bd. 9 S. 299, der dies annimmt, vgl. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 531 und meine Abhandl. in den Jahrbb. f. Dogm. Bd. 5 S. 201.

[3] c. 1 C. commun. de leg. (6. 43) . . Si enim testator — satis fiat.

[4] Die alten Vermächtnißformen: legatum per vindicationem, per damnationem u. s. w, von denen es ursprünglich abhing, ob der Legatar eine dingliche oder blos eine persönliche Klage hatte, sind von Justinian aufgehoben, § 2 I. de leg. (2. 20). Heute entscheidet darüber, wo die Voraussetzungen des Eigenthumsvermächtnisses vorliegen, nur der Wille des Erblassers. Ueber das alte und das heutige Recht vgl. Arndts in Glück's Commentar Bd. 46 S. 36. 53. 58. 59. Salkowski ebenda Bd. 49 S. 23 ff. S. 47 ff.

hat. Dem nach ihr vermachten Gegenstand darf der Onerirte keinen andern substituiren, auch nicht den Geldwerth[1]. Eine Ausnahme tritt ein, wenn die Verpflichtung zur Leistung des eigentlichen Gegenstandes ex iusta causa unbillig wäre. So z. B. wenn eine fremde Sache legirt ist, die der Eigenthümer dem Onerirten nur um einen unverhältnißmäßigen Preis verkaufen will[2]; hier kann er sich durch Leistung der Aestimation d. i. des verum rei pretium von seiner Verbindlichkeit befreien, er haftet nicht auf das Interesse[3]. Mit dem Gegenstand hat der Onerirte auch die zur Ausführung des Willens des Erblassers erforderlichen Accessionen zu leisten: namentlich die Kosten für die Herbeischaffung der vermachten Sache[4], und auch die Rechte (Servituten), ohne welche sie nicht gebraucht werden kann[5]. Aber Früchte und Zinsen hat er erst zu leisten von der Zeit, wo er in mora ist[6], sie müßten denn mit vermacht sein[7]. Beim legatum ad pias causas tritt aber sechs Monate nach der Publication des Testaments mora ex re ein: wenn der Onerirte nicht innerhalb dieser Zeit die Vermächtnißobligation freiwillig erfüllt hat, muß er Früchte und Zinsen ex tempore mortis defuncti leisten[8].

---

[1] l. 11 § 25 D. de leg. (32).

[2] l. 71 § 3. 4 D. de leg. (30).

[3] l. 14 § 2 D. de leg. (32); vgl. l. 61 D. ad leg. Falc. (35. 2). Salkowski a. a. O. S. 64 ff.

[4] l. 39 pr. D. de leg. (30).

[5] l. 44 § 9 D. de leg. (30) . . . heres cogitur redimere aditum et praestare. Ueber die Restitution der durch confusio untergegangenen Servituten l. 116 § 4 D. eod.

[6] c. 4 C. de usur. et fruct. (6. 47) . . . non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur. l. 23, l. 39 § 1 D. de leg. (30). l. 3 pr. D. de usur. 22. 1).

[7] l. 3 § 3 D. de usur. (22. 1). l. 43 § 2 D. de leg. (31). Salkowski a. a. O. S. 426 ff. A. M. Arndts in Glück's Comment. Bd. 48 S. 341 ff.

[8] Nov. 131 c. 12. Die Strafe des duplum, die bei diesen Vermächtnissen den Onerirten treffen soll, wenn er leugnet oder es zur Klage kommen läßt (§ 19. 26 I. de action. 4. 6), ist heute weggefallen.

2. Die Haftung des Onerirten beschränkt sich auf den Werthbetrag seiner Honorirung[1]. Im Uebrigen bestimmt sie sich nach allgemeinen Grundsätzen. Aus einer generischen Vermächtnißobligation haftet er für Casus[2]; sonst kommt in Betracht, ob er alles, was er erhalten hat, als Vermächtniß herausgeben soll, oder ob ihm nach Entrichtung desselben noch ein Vortheil verbleibt. Im ersten Falle haftet er nur für dolus und culpa lata, im zweiten auch für culpa levis, aber nicht für casus[3]. Ist eine der species nach bestimmte Sache vermacht, so hat er sie nur so zu leisten, wie sie ist; war sie blos dem genus nach bestimmt, so muß er sie so leisten, daß der Legatar sie behalten kann, haftet also auch dafür, daß sie nicht gestohlen ist[4]. Hat der Erblasser wissentlich eine fremde Sache vermacht, so haftet der Onerirte ebenfalls für Eviction, aber blos auf das verum rei pretium, hat er sie aber irrthümlich für die seinige gehalten, so gilt das Vermächtniß nur, wenn es einer dem Erblasser nahe verbundenen Person zugewandt ist, so daß angenommen werden muß, er hätte es auch dann angeordnet, wenn er gewußt hätte, daß die Sache ihm nicht gehöre[5]. Ist die vermachte Leistung schon zu der Zeit, wo die Vermächtnißschuld beginnen soll (dies cedens § 113), objectiv unmöglich, so kann die Vermächtnißobligation überhaupt nicht entstehen[6]. Wird sie später durch casus objectiv unmöglich, so geht die entstandene Vermächtnißschuld unter[7]; wird sie durch culpa des Onerirten objectiv unmöglich, so geht jetzt die Vermächtnißschuld auf das Interesse[8]. Ist sie objectiv möglich, aber sub-

[1] Vgl. S. 695 Note 6—8.

[2] l. 108 § 10 D. de leg. (30).

[3] l. 47 § 4. 5 D. de leg. (30). l. 108 § 12 D. eod. l. 53 § 3 ff. D. eod. A. M. Sallowski a. a. O. S. 230.

[4] l. 45 § 1. 2 D. eod.

[5] c. 10 C. de leg. (6. 37); vgl. l. 11 § 16 D. de leg. (32).

[6] z. B. das Vermächtniß einer nicht mehr existirenden Sache, oder einer eigenen Sache des Legatars l. 65 pr. l. 96 pr. D. de leg. (30). Ueber das Vermächtniß einer res extra commercium siehe S. 721 Note 3—6.

[7] l. 47 § 6 D. de leg. (30) . . . si non post moram id evenerit.

[8] l. 26 § 1, l. 47 § 2. 4, l. 59 D. de leg. (30).

jectiv für den Onerirten durch Ereignisse unmöglich geworden, die ihm nicht imputirt werden können, so geht die Vermächtnißschuld nur auf das verum rei pretium[1]. Nach dem Willen des Erblassers kann aber auch der Onerirte bei unverschuldeter subjectiver Unmöglichkeit von der Haftung auf das verum rei pretium frei sein[2], und bei unverschuldeter objectiver Unmöglichkeit für dasselbe haften müssen[3].

3. Zur Sicherung der Vermächtnißforderung dienen:

a) ein gesetzliches Pfandrecht an Allem, was der Onerirte aus der Erbschaft erhalten hat, heute ein Pfandrechtstitel[4];

b) ein Anspruch gegen den Onerirten auf Caution durch Bürgen[5] bei bedingten (S. 729), betagten und bestrittenen Vermächtnissen[6]. Wird die Caution nicht bestellt, so erhält der Legatar ein missio legatorum servandorum causa d. i. eine Ein-

---

[1] z. B. das Vermächtniß einer dem Onerirten gehörigen Sache entzieht demselben nicht die Veräußerungsbefugniß; kann er sie dem Legatar nicht leisten, weil er sie verkauft oder verschenkt hat, so haftet er auf das verum rei pretium, wie wenn eine fremde Sache vermacht wäre, die er nicht anschaffen kann, l. 112 § 1 D. de leg. (30). l. 63 D. h. t. (31). § 16 I. de leg. (2. 20).

[2] l. 108 pr. de leg. (30). l. 39 pr. D. eod. l. 8 pr. D. h. t. (31).

[3] l. 112 pr. D. de leg. (30) . . . an aestimatio debeatur ex voluntate defuncti statuendum esse. Vgl. l. 71 § 3 D. h. t. (31) und über die Controversen bezüglich der Unmöglichkeit der vermachten Leistung Salkowski a. a. O. S. 109 ff. S. 230 ff. S. 328 ff. S. 366 ff. und Windscheid Pand. Bd. 3 § 647 Note 6 ff.

[4] c. 1. 2 C. commun. de leg. (6. 43). Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 40.

[5] D. 36. 3 ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36. 4 ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat. C. 6. 54 ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur et quando satisdari debet. Ubbelohde, Arch. f. civ. Pr. Bd. 61 S. 68 ff. Anderweitige Literatur bei Windscheid Pand. Bd. 3 § 648 Note 3.

[6] l. 1 pr. l. 5 § 2, l. 15 pr. D. ut leg. (36. 3). l. 96 § 3 D. de leg. (30). l. 14, l. 15 pr. D. ut leg. (36. 3). l. 5 § 29. 30 D. ut in poss. 36. 4). Vgl. die Citate bei Windscheid a. a. O. Note 4—7.

weisung in den Besitz dessen, was der Onerirte von der Erbschaft in Händen hat, zur Detention und Custodia[1]. Von Kaiser Caracalla wurde noch hinzugefügt die s. g. missio Antoniniana d. i. die Einweisung in den Besitz des eigenen Vermögens des Onerirten mit dem Recht, sich aus den Früchten zu befriedigen, falls er das fällige Vermächtniß nicht innerhalb sechs Monaten nach der gerichtlichen Mahnung gezahlt hat[2]. Ob diese Besitzeinweisungen dem gemeinen Recht angehören, war lange eine bestrittene Frage[3]. Heute ist sie für die Praxis entschieden. Das Reichsgericht hat sie verneint. Dasselbe nimmt an, daß in Folge des veränderten Proceßverfahrens an Stelle der missiones in possessionem das directe Klagerecht auf Sicherstellung durch Bürgschaft oder anderweite reale Sicherung bei Vermeidung der Sequestration des Nachlasses getreten ist[4]. In gewissen Fällen fällt der Cautionsanspruch weg[5].

c) ein gesetzliches Veräußerungsverbot von Justinian[6], nach welchem, wie die herrschende Doctrin lehrt, Veräußerungen und Verpfändungen vermachter Nachlaßsachen oder vermachter Nachlaßforderungen durch den Onerirten bei Singular- und Universalvermächtnissen, oder doch bei Universalvermächtnissen[7] sofort ungültig sein sollen[8]. In der That enthält die citirte Constitution

---

[1] l. 1 § 2 D. ut leg. (36. 3). l. 5 pr. § 22 D. ut in poss. (36. 4). l. 12 D. quib. ex caus. (42. 4). Windscheid a. a. O. Note 8—12.

[2] l. 5 § 16—21 D. ut in poss. (36. 4). c. 6 C. h. t. (6. 54). Windscheid a. a. O. Note 15. 16.

[3] Ueber diesen Streit vgl. Windscheid a. a. O. Note 14.

[4] Seuffert's Arch. Bd. 44 Nr. 261; vgl. Bd. 33 Nr. 144.

[5] 1. wenn er vom Erblasser ausgeschlossen ist, c. 2. 7 C. ut in poss. (6. 54), 2. zu Gunsten des Fiscus und der Stadtgemeinden, l. 1 § 18, l. 6 § 1 D. ut leg. (36. 3), 3. in dem Fall der c. 6 C. ad SC. Treb. (6. 49) und Nov. 22 c. 41; vgl. Windscheid a. a. O. Note 13, Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 349.

[6] c. 3 § 2. 3 C. commun. de leg. (6. 43).

[7] Dernburg, Pand. Bd. 3 § 120 S. 243.

[8] Seuffert, Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Recht (1854), Schröder, zur Lehre von den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen (1875) S. 72 ff.

kein Veräußerungsverbot, sondern die Entscheidung, daß vor der Repudiation des Legatars die vermachten Sachen beim Singular- wie beim Universalvermächtniß noch nicht zum Vermögen des onerirten Erben gehören, und daneben nur die weitere Bestimmung, daß, falls der Erbe sie veräußert, der Empfänger sie auch nicht durch Ersitzung soll erwerben können[1].

---

[1] In der c. 3 cit. handelt der § 2 von einem pure vel sub certo die hinterlassenen Legat, aus welchem nach der recipirten Theorie der Proculianer (S. 734 u. § 126) mit dem dies veniens der Legatar den vermachten Gegenstand ex die aditae hereditatis unter der conditio iuris der Agnition erwirbt, und der onerirte Erbe sub conditione contrara der Repudiation, so daß in der Zwischenzeit der Gegenstand noch keinem von beiden gehört. Hier sagt daher Justinian von dem onerirten Erben: sciat hoc, quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens alieno iuri applicare. quia satis absurdum est et irrationabile rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre . . . et alienam spem decipere d. h. den Legatar um seinem bedingten Erwerb zu bringen; in dem voraufgehenden Satz weist er mit den Worten: secundum veterem dispositionem auf die nicht recipirte Ansicht der Sabinianer hin. Dies ist der Inhalt des § 2. Der § 3 der c. 3 cit. handelt von einem sub conditione vel sub die incerta hinterlassenen Legat, aus welchem nach der für diesen Fall recipirten Theorie der Sabinianer (§ 126) mit dem dies veniens der vermachte Gegenstand bis zum Eintritt der Bedingung an den onerirten Erben kommt und erst von da ab an den Legatar. Von diesem Fall sagt deßhalb Justinian nicht, der onerirte Erbe könne den Gegenstand nicht veräußern, weil er ihm nicht pure gehört, sondern nur, er thue besser, ihn nicht zu veräußern, weil die Veräußerung durch den Eintritt der Bedingung ab initio ungültig wird, wenn der Legatar agnoscirt: melius quidem faciet, et si in his casibus caveat ab omni venditione . . . quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur. Soweit enthält also die c. 3 cit. nur eine Entscheidung über das geltende Recht und zwar für Singular- wie für Universalvermächtnisse, die in § 3 ausdrücklich einander gleichgestellt sind; nur die Ausschließung der Ersitzung am Schluß der c. 3 ist eine neue Bestimmung. Vgl. meine Abh. über den oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 72 ff. (in den Jahrbb. f. Dogm. Bd. 11 S. 210 ff.). Ueber anderweitige Auslegungen Windscheid a. a. O. Note 19. Salkowski a. a. O. S. 680 ff. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 352.

2. Das Accrescenzrecht.

§ 117.

Das Accrescenzrecht der Legatare hat nichts gemein mit dem Accrescenzrecht der Miterben (§ 29. 30). Dieses ist objectives Recht, welches gegen den Willen des Erblassers zur Anwendung kommt, um den Concurs über eine Erbschaftsquote im Interesse der Erbschaftsgläubiger auszuschließen. Das Accrescenzrecht der Legatare ist ein subjectives Recht, welches der Erblasser, wenn und wo er will, Collegataren einräumen kann.

Collegatare sind nicht alle in einem Testament oder Codicill bedachten Vermächtnißnehmer, sondern nur die, denen ein Gegenstand zusammen hinterlassen ist, dieselbe Sache, Summe oder sonstige Leistung, so daß jedem Collegatar nur eine Quote deferirt werden kann. Erwirbt hier einer der Collegatare diese Quote nicht, weil er vor dem dies cedens oder veniens stirbt, oder nach dem dies veniens repudiirt, oder aus einem anderen Grunde, so kommt diese Quote an seinen Substituten. Ist aber ein solcher nicht ernannt oder weggefallen, so bleibt die Quote nicht beim Onerirten[1], sondern accrescirt nach dem muthmaßlichen Willen des Erblassers den übrigen Collegataren, die ihre Quote erwerben. Dieser Wille kann sich aus der Satzverbindung (coniunctio) ergeben, in welcher die Collegatare berufen sind[2]. Die Quellen unterscheiden bei ihnen, wie bei Miterben (§ 30 S. 192 ff.), drei

---

* Arndts, Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 46 S. 476 ff. Bd. 48 S. 1 ff. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 644 und die hier Citirten.

[1] Wie es sonst bei einem nicht erworbenen Vermächtniß der Fall ist, l. 60 D. de leg. (31).

[2] § 8 I. de leg. (2. 20). Si eadem res duobus legata sit sive coniunctim, sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio et Seio hominem Stichum do lego; disiunctim ita: Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego; sed et si expresserit: eumdem hominem Stichum, acque disiunctim legatum intelligitur.

Arten von Conjunctionen: eine verbis tantum, eine re tantum und eine re et verbis coniunctio[1].

1. Eine verbis tantum coniunctio liegt vor, wenn den Collegataren in demſelben Satze derſelbe Gegenſtand vermacht iſt, aber jedem ausdrücklich nur eine Quote: A und B ſollen mein Haus haben, jeder zur Hälfte. In dieſer Faſſung fanden die römiſchen Juriſten den Willen des Erblaſſers ausgedrückt: keiner der Legatare ſoll mehr haben als die ihm zugewieſene Quote, folglich, wenn einer von ihnen ſeine Quote nicht erwirbt, kein Accrescenzrecht eintreten[2]. Sie überſahen aber nicht, daß auch bei dieſer Faſſung der Erblaſſer das Accrescenzrecht gewollt haben kann, und daß in dieſem Fall ſein Wille, nicht der Ausdruck für denſelben maßgebend ſein muß[3]. Das iſt auch die Anſicht der gemeinrechtlichen Praxis[4].

2. Eine re tantum coniunctio liegt vor, wenn den Collegataren derſelbe Gegenſtand vermacht iſt, ohne Bezeichnung der ihnen zukommenden Quote, alſo den Worten nach jedem ganz, aber disiunctim (S. 747 Note 2) d. h. jedem durch eine beſondere Verfügung: z. B. dem A vermache ich mein Haus, dem B vermache ich mein

[1] Die in der vorigen Note citirte Stelle ſpricht nur von der re tantum und re et verbis coniunctio, ebenſo c. un § 11 l. de caduc. toll. (6. 51), die das Recht der lex Iulia et Pap. Popp. (Gaius II. 206 sqq.) aufhob und das Juſtinianiſche Recht über die Accrescenz enthält, ſiehe S. 749 Note 1 ff.)

[2] l. 11 D. de usufr. accr. (7. 2). l. 67 D. de H. I. (28. 5). Dazu § 30 S. 193 Note 1.

[3] l. 89 D. de legat. (32) Paul. lib. VI. ad leg. Iuliam et Papiam Aus dieſer Inſcription ergiebt ſich, daß ſich die Stelle urſprünglich auf die lex Iulia bezog und aus ihrer Aufnahme in das Juſtinianiſche Geſetzbuch, daß ſie nicht in ihrem urſprünglichen Sinne aufgenommen wurde. Ueber dieſe Stelle und über den Streit, ob nicht ſchon nach altem Recht unter verbis tantum coniuncti Accrescenzrecht Statt gefunden habe, oder doch nach Juſtinianiſchem Recht auf Grund der c. un. § 11 C. de caduc. toll. (6. 51) Statt finde, vgl. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 547. Die herrſchende Anſicht ſchließt das Accrescenzrecht unter verbis tantum coniuncti ganz aus, Windſcheid a. a. O. Note 12. 13.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 14 Nr. 104; vgl. Bd. 2 Nr. 211, Bd. 3. Nr. 83.

Haus, oder dasselbe Haus, welches ich dem A vermacht habe, vermache ich dem B. Diese Ausdrucksweise enthält nach der Auffassung des neusten römischen Rechts[1] folgenden Willen des Erblassers: wenn alle Collegatare den vermachten Gegenstand haben wollen, soll er jedem zu einem Kopftheil deferirt sein, nicht einer von ihnen den ganzen Gegenstand und die übrigen den Werth desselben verlangen dürfen, sofern der Erblasser das nicht ausdrücklich bestimmt hat; wenn aber von den Collegataren einige oder alle bis auf einen die ihnen deferirte Quote nicht erwerben, so sollen diese Quoten den übrigen, ipso iure und necessitate zuwachsen, also ihren Erben, wenn sie den Accrescenzfall nicht mehr erleben[2], wie wenn ihnen von vornherein die größere Quote bzw. der ganze Gegenstand deferirt und von ihnen erworben wäre. Das entspricht dem Willen des Erblassers, weil er jedem Collegatar von vornherein den ganzen Gegenstand zugewiesen hat und damit soweit, als er keine Minderung durch die übrigen Collegatare erfährt. Demgemäß darf die Quote der weggefallenen Collegatare nicht als eine vacante betrachtet werden, welche durch Accrescenz die Quoten der übrigen vergrößert, sondern als eine Quote, um welche die Quoten der übrigen nicht vermindert sind[3]: die Accrescenz besteht hier in dieser Beziehung in einem non decrescere[4], aber nicht in jeder Beziehung. Es kommt in Betracht, daß hier jedem Collegatar der vermachte Gegenstand disiunctim zugewandt ist. Daraus ergiebt sich der Wille des Erblassers, daß die einem Collegatar auferlegten Sublegate mit seiner Person verbunden sein sollen,

---

[1] c. un. § 11 C. de caduc. toll. (6. 51) verbis: Si autem disiunctim fuerit relictum — coniunctim ea disponere.

[2] Vgl. § 30 S. 187 Note 1.

[3] c. un. § 11 cit. . . . non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit, ut eius, qui primus accepit, legatum augeri videatur, sed apud ipsum, qui habet, solida res maneat, nullius concursu diminuta. l. 34 § 10 D. de leg. (30) . . . interim partem habebit . . . Vgl. Windscheid a. a. O. Note 3. 9. Arndts a. a. O. Bd. 48 S. 13 ff.

[4] Vgl. § 30 S. 179 Note 3. — Ueber den Fall, wo mit verbis coniuncti noch ein Dritter re conjungirt ist, vgl. l. 41 pr. D. de leg. (31).

also nicht von den Collegataren zu leisten sind, denen seine Vermächtnißquote accrescirt.

3. Eine re et verbis coniunctio liegt vor, wenn den Collegataren derselbe Gegenstand vermacht ist ohne Bezeichnung der jedem zukommenden Quote, aber nicht disiunctim, sondern coniunctim d. h. zusammen durch dieselbe Verfügung[1]: z. B. dem A und B vermache ich mein Haus. Aus dieser coniunctio entnimmt das römische Recht folgenden Willen des Erblassers: wenn alle Collegatare das Vermächtniß haben wollen, so soll es jedem zu einem Kopftheil deferirt sein, will es keiner haben, so soll es beim Onerirten bleiben, wollen aber einige von ihnen repudiiren, so sollen deren Quoten vacant und den übrigen pro virili portione deferirt werden, so daß sie dieselbe annehmen oder ausschlagen können: annehmen mit der Wirkung, daß sie ihnen cum omni suo onere accrescirt, ablehnen mit der Wirkung, daß sie beim Onerirten bleibt. Die Delation setzt voraus, daß die Collegatare den Accrescenzfall erleben[2].

Wie bei Miterben, so geben auch bei Collegataren diese Conjunctionen nur einen Anhaltspunkt für den muthmaßlichen Willen des Erblassers. Die in den citirten Stellen enthaltenen Entscheidungen über die Bedeutung einer coniunctio sind keine bindenden. Sie muß in jedem einzelnen Fall durch Interpretation ermittelt und wo diese kein sicheres Resultat ergiebt, muß der wahrscheinliche Wille als der wirkliche Wille des Erblassers angenommen werden[3] [4].

---

[1] c. un. § 11 C. cit. verb.: Ubi autem . . coniunctim relinquatur — totum accedere. Vgl. Windscheid a. a. O. sub 3. Ueber das Pandektenrecht für den Fall der re et verbis coniunctio: l. 16 pr. § 2, l. 34 § 4, l. 84 § 8 D. de leg. (30), l. 7 D. h. t. (31), l. 38 § 2 D. h. t. (32).

[2] A. M. Windscheid a. a. O. Note 16. Samter, Arch. f. civ. Pr. Bd. 60 S. 153 Note 12.

[3] Vgl. § 30 S. 194.

[4] Auch die Eigenthümlichkeiten des Accrescenzrechts unter re oder re et verbis coniuncti beim ususfructus legatus (D. 7. 2 de usufructu accrescendo) setzen den entsprechenden Willen des Erblassers voraus, vgl. die erschöpfende Ausführung bei v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 554 und Windscheid a. a. O. § 645. Hier ist nur folgendes zu bemerken. Die Accrescenz

3. Rechte des Onerirten*.

§ 118.

Den Rechten des Legatars stehen folgende Rechte des Onerirten gegenüber:

1. Der Onerirte hat die vermachte Sache nur so zu leisten, wie sie beim Tode des Erblassers ist[1]. Hat er auf dieselbe ohne sein Verschulden nothwendig gewordene Verwendungen gemacht, so kann er sie nach billigem Ermessen (viri boni arbitratu) ersetzt verlangen und hat nicht blos ein Retentionsrecht, sondern auch eine Klage (condictio incerti), quasi plus debito solverit[2]. Wenn aber der Legatar pendente conditione nothwendige Verwendungen gemacht hat, so hat er keinen Anspruch auf Ersatz, weil er durch die Agnition nach erfüllter Bedingung Eigenthümer ex die aditae hereditatis geworden ist[3].

2. Der onerirte Erbe hat den Anspruch auf den Besitz der Erbschaft und damit auf den Besitz der vermachten Erbschaftssachen. Der Legatar kann ihn sich nur nach der Agnition durch persönliche oder dingliche Klage verschaffen. Setzt er sich eigenmächtig in den Besitz derselben, bevor ihn der Erbe apprehendirt hat, so steht dem Erben eventuell seinen Successoren ein interdictum adipiscendae possessionis zu, das interdictum quod legatorum[4] auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und

---

kann nach dem Willen des Erblassers auch eintreten: 1. wenn ein Collegatar seinen Antheil bereits erworben und dann wieder verloren hat, l. 1 § 3 D. h. t.; 2. auch für den Collegatar, der seinen eignen Antheil wieder verloren hat.

* Salkowski, a. a. O. S. 526 ff.

[1] l. 45 § 1 D. de leg. (30). l. 23 (22) § 3 D. ed SC. Treb. (36. 1) . placet non cogi eum reddere, quod non habet.

[2] l. 57—60 D. de leg (30). l. 19 § 2, l. 23 (22) § 3 i. f. D. ad. SC. Treb. (36. 1). l. 32 § 5 D. de usu et usufr. (33. 2). l. 50 D. de usufr. (7. 1). — Windscheid a. a. O. § 649 Note 2 will dem Onerirten blos ein Retentionsrecht und nur, wo dieses aus Irrthum nicht geltend gemacht ist, die condictio indebiti geben; das steht in Widerspruch mit l. 60 D. de leg. (30).

[3] l. 61 D. de leg. (30).

[4] D. 43. 3. C. 8. 3. quod legatorum. Ubbelohde in Glück's Commentar, Serie der Bücher 43 und 44 Th. 3.

und auf das Interesse[1]. Der Beklagte ist nicht blos der Legatar, sondern auch dessen Universal- und Singularsuccessor, der in den Besitz der Sache gekommen ist[2], und auch der fictus possessor[3]; er hat aber eine Einrede wegen nicht bestellter cautio legatorum servandorum causa[4].

3. Der Onerirte hat Anspruch auf Wiederherstellung der Prädialservitut, die in Folge des Vermächtnisses durch confusio untergegangen ist[5].

4. Der Onerirte kann aus verschiedenen Gründen Cautionsansprüche haben: bei Vermächtnissen unter einer conditio non faciendi auf cautio Muciana (§ 57 S. 379 ff.), bei Vermächtnissen sub modo auf Caution für die Erfüllung des modus und bei Vermächtnissen unter einer Resolutivbedingung oder einem Endtermin auf Caution für Rückgabe nach dem Eintritt (§ 113 sub I—IV.)

5. Der onerirte Erbe, gegen den die Vorschriften der lex Falcidia verletzt sind, hat das Recht auf die Quarta Falcidia. Von ihm handeln die folgenden Paragraphen.

Das Recht auf die Quarta Falcidia*.

a) Inhalt.

§ 119.

Die Ueberbürdung der Erbschaft mit Vergabungen auf den Todesfall schließt die Gefahr in sich, daß der berufene Erbe den Nachlaß, von dessen Erwerb er keinen oder nur einen geringfügigen Vortheil haben würde, ausschlägt, und in Folge dessen

---

[1] l. 1 § 2 D. h. t. . . . . aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere l. 1 § 3. 4 D. eod.

[2] l. 1 § 13 D. h. t.

[3] l. 1 § 7 D. h. t.

[4] l. 1 § 16—18 D. h. t.

[5] l. 70 § 1 D. de leg. (30). l. 116 § 4 D. eod. l. 76 § 2 D. de leg. (31).

* I. 2. 22 de leg. Falcidia. D. 35. 2. C. 6. 50 ad legem Falcidiam. D. 35. 3 si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 534—538. Brinz, Pand. § 416 ff. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 650 ff. und die hier Citirten.

der letzte Wille des Erblassers seine Geltung verliert. Deßhalb hat eine lex Falcidia vom Jahre 714 der Stadt im eigenen Interesse des Erblassers seine licentia legandi durch folgende Bestimmung eingeschränkt[1]: Vermächtnisse müssen vom Erblasser so angeordnet werden, daß die Erben aus dem Testament nicht weniger erhalten, als den vierten Theil ihrer Erbportion[2]. Diese Bestimmung wurde von Testamenten auf Intestatcodicille ausgedehnt[3], und von Legaten, auf welche allein sich das Falcidische Gesetz bezog, auf alle Vergabungen auf den Todesfall[4]. Hat der Erblasser dem Erben mehr als drei Viertel seiner Erbportion entzogen, so mindern sich pro rata die einzelnen Vergabungen ipso iure um den Theil, um welchen durch sie der vierte Theil der Erbportion, die s. g. Quarta Falcidia, verkürzt worden ist[5]. Dieser Theil wird dem onerirten Erben ipso iure deferirt mit der Wahl, ihn anzunehmen oder auszuschlagen[6]: bei einem untheilbaren Vermächtniß dieser Theil seines Geldwerths[7], bei Ungewißheit über den Theil eine incerta pars[8]. Durch diese Delation erhält er das Recht auf die Quarta Falcidia, die bei Universalvermächtnissen Quarta Trebelliana genannt wird[9].

---

[1] pr. I. h. t. (2. 22). § 5 I. de fideic. hered. (2. 23). Gaius II. 224. sqq. Dernburg, Arch. f. civ. Pr. Bd. 47 S. 291 ff. will das Gesetz auf andere Motive zurückführen.

[2] l. 1 pr. D. h. t. (35. 2) . . . ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant.

[3] Von Antoninus Pius, l. 18 pr. D. h. t.

[4] Siehe S. 754 sub 2.

[5] l. 73 § 5 D. h. t. .. si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure minuuntur (sc. legata). l. 1 § 5 D. quod legator. (43. 3) . . . portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt.

[6] l. 19 D. quae in fraud. credit. (42. 8). S. § 1 S. 28 Note 1 und unten S. 755 Note 1.

[7] l. 7, l. 23, l. 80 § 1 D. h. t. (35. 2), l. 76 pr. D. de leg. (31).

[8] l. 76 § 1 D. de R. V. (6. 1).

[9] Vgl. Windscheid a. a. O. § 666 Note 8.

Hieraus ergiebt sich:

1. Die Personen, welche das Recht auf die Quart haben, sind nur die Testaments- und Intestaterben. Andere honorirte Personen haben das Recht nicht, auch nicht die Universalfideicommissare[1]. Sie können aber, wenn ihnen der Erbe Zwecks Ergänzung seiner Quart, von dem, was sie mortis causa erhalten haben, einen Abzug macht, den Personen, an welchen sie m. causa etwas leisten sollen, einen verhältnißmäßigen Abzug machen[2], sofern dies nicht dem Willen des Erblassers widerspricht[3]. Nur beim Universalfideicommiß tritt eine Ausnahme ein, wenn der heres fiduciarius zum Antritt der Erbschaft gezwungen ist (§ 139): hier verliert er alle Vortheile des freiwilligen Erbschaftsantritts zu Gunsten des Fideicommissars, auch das Recht auf die Quart, so daß der Fideicommissar dieses Recht aus der Person des Fiduciarius hat[4]; für die ihm selbst auferlegten Vermächtnisse hat er es nicht[5].

2. Zu den Vergabungen, von denen die Quart dem Erben deferirt wird, gehören in Folge der successiven Ausdehnung des Falcidischen Gesetzes alle Singular- und Universalvermächtnisse[6], die donationes mortis causa, zu denen auch die Schenkungen unter Ehegatten zählen[7], und das conditionis implendae causa datum[8].

3. Das Recht auf die Quarta Falcidia ist als ein bloßes durch Delation begründetes Wahlrecht zwischen Agnition und Re-

---

[1] l. 47 § 1 D. h. t., l. l. 22 § 5, l. 25 § 2 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[2] l. 43 § 3 D. de cond. (35. 1). l. 32 § 4 D. h. t., l. 1 § 6 D. t. c. (35. 3), l. 63 § 12 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[3] Wie präsumtiv beim Alimentenvermächtniß, l. 25 § 1 D. h. t. l. 77 D. de leg. (30), l. 21 § 1 D. de ann. leg. (33. 1). S. unten § 134.

[4] l. 57 (55) § 2 D. ad SC. Treb. (36. 1). l. 2, 3 D. eod.

[5] l. 47 § 1 D. h. t. (35. 2).

[6] § 5 I. de fideic. hered. (2. 23). Gaius II. 254.

[7] l. 77 § 1 D. de leg. (31). c. 5. 12 C. h. t. (6. 50). c. 2 C. de m. c. donat. (8. 57). l. 32 § 1 D. de donat. i. v. et u. (24. 1).

[8] c. 18 C. h. t. (6. 50).

pubiation, kein Vermögensrecht des onerirten Erben[1]. Für dasselbe gelten deßhalb gleiche Grundsätze wie nach Analogie der Erbberechtigung für die Vermächtnißberechtigung (§ 4 S. 84 ff., § 114 sub 2—5).

b) Ausschließung und Aufhebung des Rechts auf die Quart.

§ 120.

I. Ausschließung:

1. Nach Justinianischem Recht enthält die lex Falcidia kein ius cogens mehr[2]; durch Nov. 1 c. 2 § 2 i. f. ist sie ius dispositivum geworden. Der Erblasser kann das Recht der Quart dem onerirten Erben entziehen, wenn er „expressim" erklärt, daß er es nicht haben soll[3]. Eine solche Erklärung setzt nicht voraus, daß der Erblasser wörtlich den Abzug der Quart von den Belastungen, durch welche sie verkürzt ist, verboten hat[4], auch nicht das Bewußtsein von dieser Verkürzung, sondern nur eine Verfügung, aus welcher mit Sicherheit der Wille des Erblassers erkennbar ist, der Erbe solle im Fall der Verkürzung kein Recht auf Ergänzung

---

[1] l. 19 D. quae in fraud. cred. (42. 8) Patrem, qui non exspectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi non creditores fraudasse. l. 20 D. eod. Debitorem, qui ex SCto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere. Es ist also ein Irrthum, wenn Windscheid a. a. O. § 650 Note 6 annimmt, die Vermächtnisse seien nichtig, soweit sie die Quart verletzen.

[2] Ursprünglich war dies der Fall, l. 12, l. 15 § 1 D. h. t. (35. 2).

[3] Nov. 1 cap. 2 § 2 . . . Si vero expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam. Mit diesem Satz, der den Testator ermächtigt, die lex Falcidia außer Anwendung zu setzen, steht der vorausgehende Satz: ubi errans testator de sua substantia hoc egit in keinem Zusammenhang; hier ist nur die Rede von der Haftung des Erben für die Vermächtnisse über den Bestand der Erbschaft hinaus, wenn er kein Inventar errichtet, § 34 S. 216 ff.

[4] Brinz, Pand. Bd. § 416 Note 10 scheint eine ausdrückliche Erklärung in diesem Sinne zu fordern.

haben, also die fraglichen Vergabungen im vollen Betrage leisten[1]. Diesen Willen kann der Erblasser haben, obwohl er sich der Verkürzung nicht bewußt ist, blos weil er sie für möglich hält, aber er kann ihn nicht haben, ohne das Bewußtsein, daß eventuell, wenn sein widersprechender Wille fehlt, der Erbe das Recht auf Ergänzung nach Rechtsvorschrift erwerben würde[2]. Dagegen kann er das Bewußtsein von der Verkürzung haben, ohne den Willen, dem Erben das Recht auf die Quart zu entziehen. Deßhalb läßt sich aus jenem Bewußtsein für sich allein dieser Wille nicht erschließen, also keine stillschweigende Erklärung desselben entnehmen[3]. Er muß stets direct oder indirect zum unzweifelhaften Ausdruck gekommen sein[4].

2. Das Recht auf die Quart ist nach Rechtsvorschrift ausgeschlossen: a) bei Vermächtnissen ad pias causas[5], b) beim Vermächtniß des Pflichttheils[6], c) bei Vermächtnissen von Sachen an die Ehefrau, die für ihren persönlichen Gebrauch angeschafft sind[7], d) beim Vermächtniß eines Grundstücks mit der Bestimmung, daß es nicht veräußert werden, sondern bei den Nachfolgern des Legatars bleiben soll[8 9].

---

[1] Dann ist der Wille ein expressim erklärter, im Gegensatz eines überhaupt nicht verlautbarten Willens, einer tacita voluntas, die vom Recht präsumirt oder supplirt wird, Seuffert, Arch. Bd. 33 Nr. 47. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 651 Note 1.

[2] v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 538 Anm. sub I. 2.

[3] A. M. Marezoll, Magazin für Rechtsw. Bd. 4 S. 354 ff. Reuner, heredis institutio ex certa re S. 117 ff. Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 57, Bd. 27 Nr. 239 und dagegen Bd. 33 Nr. 47 sub 4. b.

[4] Seuffert, Arch. Bd. 44 Nr. 199 (R. G.), Bd. 30 Nr. 157. Windscheid a. a. O.

[5] Nov. 131 c. 12. Seuffert, Arch. Bd. 11 Nr. 63.

[6] l. 87 § 4 D. de leg. (31). c. 36 pr. C. de inoff. test. (3. 28).

[7] l. 81 § 2 D. h. t. (35. 2). Vgl. l. 81 § 1 D. eod.

[8] Nov. 119 cap. 11.

[9] Nach römischem Recht auch bei Vermächtnissen, die ein Soldat hinterläßt, c. 7 C. h. t. (6. 50). c. 12 C. de testam. milit. (6. 21). Diese Vorschrift hat ihre Geltung verloren durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 (vgl. § 3 S. 65 Note 3).

II. Aufhebung.

Der Erbe verliert das Recht auf die Quart: a) wenn er kein vorschriftsmäßiges Inventarium errichtet und haftet hier auch für die ihm auferlegten Vermächtnisse über den Bestand der Erbschaft hinaus (§ 34 S. 216 ff.)[1]; b) wenn er den Legatar um das Vermächtniß zu bringen sucht[2]; c) wenn er vermachte Erbschaftssachen bei Seite geschafft hat; hier verliert er das Recht, von diesen die Quart abzuziehen, an den Fiscus[3]; d) wenn er die deferirte Quart ausgeschlagen hat[4]. Das Wahlrecht, ob er sie annehmen, oder, um den Willen des Erblassers im ganzen Umfange auszuführen, ausschlagen will, geht durch einmalige Ausübung unter und ist untheilbar. Wenn er einzelne Vermächtnisse voll ausgezahlt hat, so hat er damit auch für die übrigen Vermächtnisse die Quart repudiirt[5]. Aber die Repudiation vor der Delation ist hier wie überall ungültig: so die Repudiation bei Lebzeiten des Erblassers[6], und bei Vermächtnissen von terminweisen Leistungen, z. B. Monats- oder Jahresleistungen (s. g. Rentenvermächtniß § 133), die Repudiation einer Monats- oder Jahresrate vor dem dies veniens[7].

Die Ausschließung und die Aufhebung des Rechts auf den Abzug der Quart in den erwähnten Fällen haben, je nachdem ihr Grund Rechtsvorschrift, oder Verbot des Erblassers, oder Repudiation des Erben ist, einen verschiedenen Einfluß auf die für die Berechnung der Quart maßgebenden Grundsätze, vgl. § 121 sub II 8.

---

[1] Seuffert, Arch. Bd. 48 Nr. 98, Bd. 31 Nr. 350.

[2] l. 59 pr. D. h. t. (35. 2).

[3] l. 6 D. de his quae ut indign. (34. 9).

[4] c. 19 C. h. t. (6. 50). l. 46. 71 D. h. t. (35. 2).

[5] Nov. 1 cap. 3. v. Bangerow a. a. O. sub II. 1.

[6] l. 15 § 1 D. h. t. (35. 2).

[7] l. 15 § 2 D. h. t. (35. 2). Diese Stelle hat durch Nov. 1 cap. 3 ihre Geltung nicht verloren, wie Windscheid a. a. O. Note 11 annimmt.

c) Berechnung der Quart.

§ 121.

Die Quarta Falcidia besteht in dem Werth des vierten Theils der Erbschaft oder des Erbtheils, den der onerirte Erbe erworben hat. Um festzustellen, ob der Erblasser diesen Werth dem Erben hinterlassen hat, oder ob er durch Vermächtnisse und andere Belastungen verkürzt und ihm deßhalb die Quart oder das zu deren Ergänzung Erforderliche deferirt ist, muß folgende Berechnung eintreten: es muß der Werthbetrag der Erbschaft oder des Erbtheils, der Werthbetrag der Vermächtnisse und sonstigen Belastungen und der Werthbetrag der Erwerbungen berechnet werden, welche sich der Erbe in die Quart einzurechnen hat.

I. Der Werthbetrag der Erbschaft oder des Erbtheils besteht in dem Werth der Activa nach Abzug der Schulden[1]. Um ihn zu berechnen, müssen die Activa und die Passiva in Geld ästimirt werden. Für diese Aestimation gelten folgende Grundsätze:

1. Die Erbschaft wird ästimirt nach dem verum rei pretium zur Todeszeit des Erblassers[2]. Auf den Affectionswerth wird keine Rücksicht genommen[3], ebensowenig auf Vermehrungen und Verminderungen der Erbschaft nach dem Tode des Erblassers[4], z. B. auf die nach seinem Tode gezogenen Früchte und auf Erbschaftsforderungen gegen einen Schuldner, der nach dem Tode des Erblassers insolvent geworden ist[5].

2. Bei der Aestimation der Activa müssen auch berücksichtigt werden:

a) die Forderungen des Erblassers an den Erben, die durch confusio untergegangen sind, denn auf diese Weise hat der Erbe ihren Werth aus der Erbschaft erhalten[6];

b) die Erbschaftsforderungen gegen den insolventen Schuldner: sie werden veranschlagt zu dem Betrage, der von ihnen ein-

---

[1] § 3 I. h. t. (2. 22). c. 6 pr. C. h. t. (6. 50).
[2] § 2 I. h. t. l. 42, D. h. t. (35. 2).
[3] l. 62 § 1, l. 63 pr. D. h. t.
[4] l. 30 pr. § 2—4, l. 56 pr. l. 73 pr. D. h. t.
[5] l. 30 pr. D. h. t.
[6] l. 1 § 18 D. h. t.

getrieben werden kann[1], aber durch nachträglich eintretende Solvenz erhöht sich der Betrag der Erbschaft[2];

c) die betagten Erbschaftsforderungen: sie werden veranschlagt unter Abzug des Interusurium[3];

d) die bedingten Erbschaftsforderungen und sonstige unsichere Activa (Naturalobligationen)[4]. Sie können nach ihrem gegenwärtigen Verkaufswerth veranschlagt werden. Bei bedingten Forderungen ist aber auch ein anderes doppeltes Verfahren möglich, je nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der Bedingung: α) sie werden zu ihrem vollen Werth veranschlagt; hier sind die Legatare oder sonstige Honorirte, denen in Folge dessen kein Abzug gemacht wird, verpflichtet, dem onerirten Erben Caution zu bestellen für Rückzahlung des zur Ergänzung der Quart Erforderlichen auf den Fall, daß die Bedingung sich nicht erfüllt; β) sie werden gar nicht in Anschlag gebracht; hier muß der onerirte Erbe den Legataren oder sonstigen Honorirten, denen in Folge dessen ein Abzug gemacht ist, Caution für Nachzahlung bestellen auf den Fall, daß die Bedingung sich erfüllt. Tritt die Bedingung ein, so ist wie bei betagten Forderungen das Interusurium in Abzug zu bringen, um ihren Werth zur Todeszeit des Erblassers zu bestimmen[5].

3. Bei der Aestimation der Passiva sind nicht blos zu veranschlagen die vom Erblasser hinterlassenen Schulden, sondern auch die Kosten des Inventariums und andere Kosten, die nothwendig mit dem Erwerb der Erbschaft verbunden sind[6], sowie die

---

[1] l. 63 § 1 D. h. t.

[2] l. 56 § 1 D. h. t. l. 82. 83 D. eod. vgl. l. 3 § 1 D. eod.

[3] l. 73 § 4 D. h. t.

[4] l. 1 § 17 D. h. t. l. 21 pr. D. eod.

[5] l. 45. l. 73 § 1 D. h. t. l. 66 pr. l. 88 § 3 D. eod. l. 1 § 4. 11 D. si cui plus (35. 3). — Ueber Correalobligationen vgl. l. 62 pr. D. h. t.

[6] l. 72 D. h. t. c. 22 § 9 C. de iure del. (6. 30).

Begräbnißkosten, die eine Erbschaftsschuld bilden[1], und die Schulden des Erblassers an den Erben, um deren Betrag sich, weil sie durch confusio untergegangen sind, der Werth der Erbschaft für den Erben vermindert hat[2]. Bei betagten Erbschaftsschulden ist das Interusurium in Abzug zu bringen. Die Aestimation der bedingten Erbschaftsschulden kann in derselben verschiedenen Weise erfolgen, wie die Aestimation bedingter Erbschaftsforderungen. Das canonische Recht hat auch den Pflichttheil des ernannten Erben einer Erbschaftsschuld gleichgestellt[3].

Ist in dieser Weise die Activ- und Passivmasse festgestellt, so ergiebt sich aus dem Abzug der Schulden von den Activen welchen Werthbetrag für den onerirten Erben die von ihm erworbene Erbschaft oder der von ihm erworbene Erbtheil hat. Von diesem Werthbetrage darf ihm der vierte Theil nicht durch Vermächtnisse oder sonstige Belastungen verkürzt sein. Um zu ermitteln, ob sie eine solche Verkürzung bewirkt haben oder nicht, muß auch ihr Werthbetrag ermittelt werden.

II. Der Werthbetrag der Vermächtnisse und sonstiger Belastungen besteht gleichfalls in ihrem Geldwerthe zur Todeszeit des Erblassers. Für ihre Aestimation sind folgende Grundsätze maßgebend:

1. Vermächtnisse und sonstige Belastungen, die der Erbe durch exceptio unwirksam machen kann, oder durch Deficenz der Bedingung unwirksam geworden sind, werden nicht veranschlagt[4].

2. Bei betagten Vermächtnissen ist das Interusurium in Abzug zu bringen[5].

---

[1] § 3 I. h. t., l. 1 § 19, l. 2 D. h. t., l. 12 § 4, l. 14 § 1 de relig. (11. 7).

[2] c. 6 pr. C. h. t. l. 87 § 2 D. h. t.

[3] Nach cap. 16. 18 X. de testam. (3. 26) kann der Erbe vorweg seinen Pflichttheil in Abzug bringen und, wenn ihm von dem Rest der Erbschaft oder seines Erbtheils nicht drei Viertel frei von Belastungen verbleiben, auch die Quarta Falcidia oder Trebelliana, vgl. § 98 S. 635 Note 3.

[4] l. 50. 51, l. 76 § 1 D. h. t. Seuffert Arch. Bd. 2 Nr. 208.

[5] l. 66 pr., l. 45 pr., l. 73 § 4 D. h. t. Vgl. Windscheid a. a. O. § 652 Note 32.

3. Bedingte Vermächtnisse müssen einstweilen ganz außer Anschlag bleiben. Deßhalb sind die übrigen Legatare, denen in Folge dessen der Erbe keinen Abzug Zwecks Ergänzung seiner Quart machen kann, verpflichtet, ihm auf den Fall der Erfüllung der Bedingung Caution für künftige Nachzahlung zu bestellen[1]. Tritt die Bedingung ein, so kommt das Interusurium in Abzug[2].

4. Bei Vermächtnissen von Renten wird ihr Werth in verschiedener Weise ästimirt, je nachdem ewige Renten oder Zeitrenten vermacht sind. Bei ewigen Renten (z. B. an eine Stadtgemeinde) wird der Werth des Vermächtnisses veranschlagt in einem Kapital welches zu vier Procent Zinsen die jährlichen Renten giebt[3]. Bei Zeitrenten auf eine bestimmte Reihe von Jahren besteht der Werth des Vermächtnisses in der Gesammtsumme der Renten. Bei Renten auf die Lebensdauer einer Person erfolgt der Werthanschlag des Vermächtnisses nach seinem gegenwärtigen Verkaufswerth[4], oder nach der wahrscheinlichen Lebensdauer nach den Regeln der l. 68 D. ad legem Falcid.[5], welche die Wahl zwischen verschiedenen Arten der Berechnung lassen[6].

---

[1] l. 45 § 1. l. 73 § 2 D. h. t.

[2] l. 66 pr. l. 88 § 3 D. h. t. Windscheid a. a. O. Note 31 hält die Rechnung in der letzten Stelle für unrichtig.

[3] l. 3 § 2 D. h. t. Ueber das Vermächtniß eines Nießbrauchs an eine juristische Person, vgl. l. 68 pr. i. f. D. h. t., die abweicht von der in l. 56 D. de usufr. (7. 1) aufgestellten Regel. Ueber die Begründung dieser Abweichung vgl. Puchta Vorl. Bd. 2 Beilage 24.

[4] l. 55 D. h. t.

[5] Sie spricht von einem Rentenvermächtniß, aus welchem Alimente (§ 133. 134) an den Legatar für seine Lebenszeit zu leisten sind. Ihm stehen Vermächtnisse von anderen an die Lebensdauer des Berechtigten gebundenen Rechten gleich; über das Vermächtniß von persönlichen Servituten vgl. Pfeiffer im Arch. f. civ. Pr. Bd. 28 S. 295 ff.

[6] Dernburg, Pand. Bd. 3 § 101 Note 23 hält die Lebenstabelle der l. 68 cit. für unpraktisch; er will an ihre Stelle setzen die heutigen Mortalitätstabellen, wie sie den Lebensversicherungen zu Grunde liegen. Windscheid a. a. O. Note 35 erklärt sich für den Werthanschlag nach der Tabelle in l. 68 cit. aber vorbehaltlich späterer Correction, wenn die Parteien nicht darauf verzichtet haben. Vgl. auch Sintenis Civilr. Bd. 3 § 215 Note 19, Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 189 ff. und die bei Windscheid a. a. O. Note 33 citirte Literatur.

5. Bei einem Vermächtniß, welches das Recht gewährt, eine Sache vom Erben für einen bestimmten Preis zu kaufen, besteht der Werthanschlag in der Differenz des Preises und des Werthes der Sache[1].

6. Bei Vermächtnissen, welche, ohne die Erbschaft zu mindern, dem Legatar einen Vortheil gewähren (legatum debiti § 136, dos praelegata § 132) wird nur dieser Vortheil ästimirt[2].

7. Vermächtnisse, die poenae causa hinterlassen sind, werden nicht veranschlagt, weil der Erbe sich die Leistung derselben selbst zuzieht, wohl aber das, was er leisten muß, um dieselbe zu vermeiden[3].

8. Für die Vermächtnisse, bei denen dem Erben ein Recht auf den Abzug der Quart nicht zusteht (§ 120), gelten folgende Vorschriften: a) Vermächtnisse, bei denen das Recht nach Rechtsvorschrift wegfällt, wie beim Vermächtniß ad pias causas[4], beim Vermächtniß von Sachen an die Ehefrau, die der Erblasser für ihren persönlichen Gebrauch angeschafft hat[5] und bei Vermächtnissen Zwecks Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils[6], mindern wie gewöhnliche Erbschaftsschulden den Werthbetrag der Erbschaft und nur von dem Rest wird den anderen Legataren die Quart in Abzug gebracht[7]; b) bei Vermächtnissen, bei denen der Erblasser den Abzug der Quart verboten hat, kann sich der Erbe für diesen Ausfall durch einen größeren Abzug von den übrigen Vermächtnissen entschädigen[8]; c) bei Vermächtnissen, bei denen der

---

[1] l. 19, l. 30 § 1, l. 87 pr. D. h. t. l. 61 D. eod.

[2] l. 1 § 10 D. h. t.

[3] l. 1 § 8 D. h. t.

[4] Nov. 131 c. 12.

[5] l. 81 § 2 D. h. t.

[6] l. 87 § 4 D. de leg. (31). c. 36 C. de inoff. test. (3. 28). l. 22 § 1. 2 D. h. t. (35. 2).

[7] v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 538 sub III a. E. Dernburg a. a. O. Note 35. A. M. hinsichtlich der Pflichttheilsvermächtnisse und der Vermächtnisse zu Gunsten von milden Stiftungen ist Windscheid a. a. O. § 652 Note 24.

[8] l. 88 pr. § 1. 2. D. h. t. (35. 2). l. 6 D. de fideic. libert. (40. 5).

Erbe auf das Recht der Quart verzichtet, oder die er doloser Weise zu vereiteln sucht, wird der Ausfall der Quart ganz vom Erben getragen; er darf von den übrigen Legaten nur so viel abziehen, wie wenn auch bei den eximirten Legaten der Abzug Statt gefunden hätte[1].

Aus dem Abzug des sich hiernach ergebenden Werthbetrags der Vermächtnisse und sonstigen Belastungen von dem Werthbetrage der Erbschaft erhellt, ob dem onerirten Erben der vierte Theil der Erbschaft oder seines Erbtheils verblieben ist. Ist das nicht der Fall, so wird ihm gleichwohl die Quart nicht deferirt, wenn sie gedeckt ist durch anderweitige Erwerbungen, die er sich einzurechnen hat. Deßhalb muß bei der Berechnung der Quart auch der Werthbetrag dieser Erwerbungen festgestellt werden.

III. Die in die Quart einzurechnenden Erwerbungen[2] bestimmt folgende Regel: Alles was der onerirte Erbe iure hereditario d. i. in seiner Eigenschaft als Erbe erwirbt, muß er sich in die Quart einrechnen[3], ebenso was ihm mit dieser Bestimmung vom Erblasser schon bei Lebzeiten gegeben ist[4]. Dagegen Zuwendungen des Erblassers, die er nicht als Erbe erhält, sind von der Einrechnung in die Quart ausgeschlossen, wenn sie nicht vom Erblasser angeordnet ist[5]. Iure hereditario erhält er nicht blos, was er durch Accrescenz und Substitution erwirbt, sondern bei einem Prälegat auch die Vermächtnißquote, die auf seiner eigenen Erbportion lastet[6], sowie den Vortheil, den er aus der vom Erblasser angeordneten späteren Leistung vermachter Erbschaftssachen durch die Früchte hat[7]; ihm ist gleichgestellt das, was er nach Anordnung

[1] l. 46. 71 D. h. t. l. 24 pr. l. 50 D. h. t. l. 6 D. de his quae ut indign. (34. 9).

[2] Vgl. Dernburg, Arch. f. civ. Pr. Bd. 47 S. 291 ff.

[3] l. 74 D. h. t. . . si hereditario iure habeat . . . l. 91 D. eod. imputantur res, quas iure hereditario capit.

[4] l. 56 § 5 D. h. t. . . quia vivus videtur heredi futuro providere.

[5] Nov. 1. c. 2 § 2.

[6] § 108 S. 706 Note 6.

[7] l. 23 (22) § 2 D. ad SC. Treb. (36. 1) . . . nam fructus, qui medio tempore percepti sunt, ex iudicio testantis percepti videntur. l. 15 § 6, l. 24 § 1, l. 88 § 3 D. h. t. (35. 2). Seuffert Arch. Bd. 10

des Erblassers dem Legatar von dem Vermächtniß abziehen darf, oder von ihm gegen Leistung desselben zurückempfangen soll[1], obwohl er dies nicht iure hereditario erwirbt[2], weil es nach dem Willen des Erblassers den Ersatz bildet für das, was er nicht als Erbe hat[3]. Jeder Erwerb des Erben aus anderweitigen Zuwendungen des Erblassers ist kein Erwerb iure hereditario und kein Ersatz für einen solchen: was er aus ihm hinterlassenen Vermächtnissen erwirbt und das conditionis implendae causa datum hat er sich daher nicht in die Quart einzurechnen[4]. Eine Ausnahme tritt ein, wenn Miterben sich gegenseitig Legate zu leisten haben; hier muß sich jeder das Legat in seine Quart einrechnen[5]. — Nach

---

Nr. 188. Vgl. Windscheid a. a. O. Note 20. Eine Ausnahme tritt ein, wenn Eltern eingesetzten Kindern die Auflage gemacht haben, die Erbschaft, falls sie kinderlos sterben, ihren Geschwistern oder nach deren Tod ihren Enkeln ꝛc. herauszugeben; hier ist selbst die Anordnung des Erblassers ungültig, daß die Früchte in die Quart eingerechnet werden sollen, c. 6 ad SC. Treb. (6. 49). Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 207, Bd. 4 Nr. 67, Bd. 7 Nr. 207, Bd. 48 Nr. 99 (R. G.).

[1] So bei einem Universalvermächtniß dèducta oder retenta certa re oder pecunia, § 9 I. de fideic. hered. (2. 23), l. 30 § 7, l. 91. 93 D. h. t. (35. 2), l. 65 (63) § 5 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[2] § 9 I. cit. . . . et res quae remanet apud heredem sine ullo onere hereditario apud eum manet quasi ex legato ei acquisita.

[3] l. 90 D. h. t. (35. 2) . . . quondam quod ei paterfamilias dari voluit legis Falcidiae commodum praestat. Ueber den Grund dieser Einrechnung giebt es verschiedene Ansichten, vgl. Dernburg a. a. O. S. 314 ff. Windscheid a. a. O. Note 17 und 18 und die hier angeführte Literatur.

[4] l. 74 D. h. t. (35. 2) . . quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur. l. 91 D. eod. . . . res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit. l. 76 pr. D. eod. l. 22 pr. l. 30 § 7 l. 86 D. eod. c. 24 C. fam. erc. (3. 36). Bei Vermächtnissen, die dem Erben mit dem Modus zugewandt sind, daß er die ihm auferlegten Vermächtnisse unverkürzt leisten solle, hat er die Wahl zwischen dem Vermächtniß und dem Abzug der Quart, l. 75 D. h. t. (35. 2), aber nach Nov. 1 c. 2 § 2 nur, wenn der Erblasser nicht durch diese Anordnung den Abzug der Quart verbieten wollte.

[5] z. B. der Erblasser hinterläßt 4000 und setzt seine Erben A und B jeden auf die Hälfte ein; dem A legt er ein Vermächtniß von 2000 an B auf, dem B ein Vermächtniß von 500 an A. Hier hat A seine Quart in diesen 500,

der heute herrschenden Ansicht gelten diese Grundsätze wie für die Quarta Falcidia bei Singularvermächtnissen auch für die s. g. Quarta Trebelliana bei Universalvermächtnissen[1]. Eine Stelle, nach welcher sich hier der Erbe alles in die Quart einzurechnen hat, was er mortis causa erhält, Vermächtnisse wie das conditionis implendae causa datum nur nicht das Prälegat, wird in verschiedener Weise ausgelegt, um nachzuweisen, daß sich die Berechnung der Quarta Trebelliana von der Berechnung der Quarta Falcidia bei Singularvermächtnissen nicht unterscheide[2].

Dies ist die dreifache Berechnung, die eintreten muß, um zu ersehen, ob der onerirte Erbe in seiner Quart verkürzt ist.

---

er darf dem B nicht 500 abziehen, l. 22 pr. D. h. t. (35. 2), l. 94 D. eod. l. 79 (78) pr. D. de H. I. (28. 5). Diese Stellen sprechen nur von gegenseitigen Legaten unter Miterben; Dernburg a. a. O. S. 300. Windscheid, a. a. O. Note 14 u. A. wollen die Entscheidung nicht auf diesen Fall beschränken.

[1] Vgl. Windscheid a. a. O. § 666 Note 8.

[2] Die fragliche Stelle ist die l. 91 D. h. t. (35. 2). Marcian. In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur . . . Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendam sciendum est. Die Versuche, dieser Stelle gegenüber, nachzuweisen, daß die Quarta Trebelliana der Quarta Falcidia bei Singularvermächtnissen völlig gleich stehe, sind nicht befriedigend und müssen zugeben, daß dies nicht nachzuweisen sei, ohne den letzten Satz: Sed et quod — sciendum est als Glossem zu betrachten, wie dies jetzt auch von Mommsen in seiner Ausgabe geschieht. Eine ausführliche Darstellung dieser Versuche unter Angabe der Literatur giebt v. Bangerow a. a. O. § 536 sub III; auf sie und auf die Ausführung von Windscheid a. a. O. muß hier verwiesen werden. Puchta, Pand. und Vorl. § 546 unternimmt einen solchen Versuch nicht. Er nimmt an, daß die Abweichung, wie sie die l. 91 cit. darstelle, ein inneres Fundament habe: Singularvermächtnissen gegenüber, sagt er, kommt der Gegensatz zwischen Erben und Legataren rein zur Geltung, deßhalb rechnet hier der Erbe in die Quart nur ein, was er als Erbe erhält, beim Universalvermächtniß besteht dieser Gegensatz nicht, weil auch der Universalfideicommissar quasi heres ist.

Liegt eine solche Verkürzung vor, so kann er zur Ergänzung der Quart von jedem Vermächtniß und jeder sonstigen Belastung einen verhältnißmäßigen Abzug machen[1]. Der Betrag, auf welche jede Belastung zu reduciren ist, ergiebt sich aus folgender Proportion: wie sich der ursprüngliche Gesammtbetrag der Belastungen zu dem durch den Abzug der Quart reducirten Gesammtbetrag verhält, so verhält sich der ursprüngliche Betrag jeder einzelnen Belastung zu dem Betrag, auf welchen sie reducirt werden muß.

d) Abzug der Quart bei mehreren Erben*.

§ 122.

Hat der Erblasser mehrere Erben, so kann jeder Erbe von seiner Erbportion die Quart in Anspruch nehmen und von den Belastungen, durch welche sie verkürzt ist, pro rata den zur Ergänzung erforderlichen Abzug machen. Es kommt also nicht in Betracht, daß die Erbschaft als Ganzes nicht überbürdet sein würde[2].

Besondere Grundsätze gelten aber, wenn derselbe Erbe mehrere Erbportionen erhält. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Derselbe Erbe erhält mehrere Erbportionen durch Erbeinsetzung primo gradu. Hier werden sie zusammengerechnet, also als Eine Erbportion behandelt, auch wenn sie zum Theil pure, zum Theil sub conditione hinterlassen sind. Der Erbe ist daher in der Quart nur verkürzt, wenn ihm von dieser Gesammtportion

---

[1] l. 73 § 5 D. h. t.

* Amann, Die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas, sowie bei der Vulgar- und Pupillarsubstitution. Pietak, Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 384 ff. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 535. Brinz, Pand. Bd. 3 § 418. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 653 und die hier Citirten.

[2] l. 77 D. h. t. (35. 2). In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur: et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae. § 1 I. h. t.

nicht der vierte Theil frei von Belastungen verblieben ist. Der Umstand, daß die Quart bei der einen oder anderen Erbportion durch die auf ihr ruhenden Belastungen verletzt ist, bleibt ohne Einfluß [1].

2. Derselbe Erbe erhält mehrere Erbportionen durch Vulgarsubstitution; hier verhält es sich ebenso, weil diese Substitution eine bedingte Erbeinsetzung ist [2].

3. Derselbe Erbe erhält mehrere Erbportionen durch Accrescenz. Hier bleiben sie getrennt. Das wird von Wichtigkeit, wenn es sich nicht um Vermächtnisse handelt, bei denen der Onerirte nicht bezeichnet und deßhalb jede Erbportion gleichmäßig belastet ist, sondern um Vermächtnisse, die einem Erben besonders auferlegt sind. Hier wird die Quart von der eigenen Erbportion des Erben und von der accrescirenden Erbportion berechnet, weil durch ihre Vereinigung die Legatare der nicht überbürdeten Portion in Nachtheil kommen und die Legatare der überbürdeten Portion auf Kosten der ersteren einen Gewinn machen könnten. Der Erbe macht also den Abzug von der accrescirenden Portion so, wie ihn der weggefallene Erbe hätte machen dürfen, aber was er durch die Accrescenz gewinnt, muß er sich seinen eigenen Legataren gegenüber in die Quart einrechnen, weil er es iure hereditario erwirbt [3].

---

[1] l. 11 § 7 i. f. D. h. t. l. 87 § 3 D. eod.

[2] l. 87 § 4 D. h. t. Mit dieser Stelle steht aber in Widerspruch l. 1 § 13 D. h. t., welche die Substitutionsportion wie eine accrescirende Portion (s. sub 3) behandelt. Die Frage, wie der Fall, wo der Erbe zu seiner Institutionsportion eine Substitutionsportion hinzuerwirbt, zu entscheiden sei, ist deßhalb sehr bestritten: Puchta Pand. u. Vorl. § 550 u. A. nehmen auf Grund der l. 87 cit. schlechthin Vereinigung d. h. Zusammenrechnung der Portionen an. Brinz, Pand. Bd. 3 § 419 S. 358 will auf Grund der l. 1 § 13 cit. die im Text sub 3 für die accrescirende Portion entwickelten Grundsätze auch auf die Substitutionsportion zur Anwendung bringen, v. Bangerow a. a. O. § 535 sub III nimmt Zusammenrechnung der Portionen an, aber so, daß die Legatare des weggefallenen Erben nicht mehr beanspruchen können, als ihnen der persönlich Onerirte hätte leisten müssen. Vgl. noch Windscheid a. a. O. sub 3. 5.

[3] l. 78 D. h. t. l. 1 § 14 D. eod. v. Bangerow a. a. O. sub V.

4. Der Erbe erwirbt mehrere Erbportionen durch Beerbung eines oder mehrerer seiner Miterben. Hier bleiben sie bei der Berechnung der Quart ebenfalls getrennt, aus denselben Gründen wie im Fall der Accrescenz[1].

5. Der instituirte Erbe erwirbt zu seiner Institutionsportion den Erbtheil des mitinstituirten unmündigen Kindes, dem er pupillariter substituirt ist. Hier ist maßgebend, einerseits daß die im Pupillartestament angeordneten Vermächtnisse nur auf dem väterlichen Vermögen lasten, weil der Vater nur aus seinem Vermögen Vermächtnisse vergeben kann[2], andererseits die Rechtsregel: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari[3]. Demgemäß findet Zusammenrechnung Statt gegenüber allen Vermächtnissen, mögen sie dem Onerirten als Instituirten oder als Pupillarsubstituten auferlegt sein[4].

c) Schutz des Rechts auf die Quart.

§ 123.

Das Recht auf die Quart kann von dem Erben gegen den Legatar, dem die sonstigen Honorirten, durch die er verkürzt ist, gleichstehen, nach Verschiedenheit der Umstände in verschiedener Weise geltend gemacht werden:

Windscheid a. a. O. Note 16. Nach röm. Recht wurde ebenso behandelt der Fall, wo ein Paterfamilias, der mit seinem Hauskinde zusammen im Testament instituirt war, durch den iussus zum Antritt dessen Erbportion zu seiner eigenen hinzuerwarb: beide Portionen blieben getrennt, l. 21 § 1 l. 25 D. h. t. Windscheid a. a. O. sub 7 lehrt auf Grund dieses unpraktischen Falles, heute komme den Legataren des Vaters der ususfructus paternus am Erbtheil des Kindes zu Gute. Dagegen mit Recht Dernburg Pand. Bd. 3 § 101 Note 11, weil in die Quart nur einzurechnen ist, was man iure hereditario, nicht was man kraft väterlicher Gewalt erwirbt.

[1] l. 1 § 15 D. h. t. v. Bangerow a. a. O. sub I. Windscheid a. a. O. sub 1. Note 4.

[2] l. 87 § 5 D. h. t. Vgl. S. 531 ff.

[3] l. 11 § 5 D. h. t.

[4] Ueber diesen bestrittenen Fall vgl. v. Bangerow a. a. O. sub VI. Windscheid a. a. O. sub 4.

1. durch eine exceptio doli gegen die Klage des Legatars auf Leistung des vermachten Gegenstandes: bei theilbaren Leistungen zum Zweck des wirklichen Abzugs[1], bei untheilbaren Leistungen zu dem Zweck, die Einzahlung des Werthantheils zu fordern, der dem Erben aus seinem Recht auf die Quart zukommt[2], oder, wo der Werthantheil nicht sofort festgestellt werden kann, zu dem Zweck, den Legatar gegen Leistung des vermachten Gegenstandes zur Bestellung einer Caution zu nöthigen für künftige Restitution des zuviel Geleisteten[3];

2. durch die rei vindicatio, wenn der Legatar die vermachte Sache nicht durch den Erben besitzt und der onerirte Erbe durch den Anspruch auf die Quart sein Miteigenthümer geworden ist[4];

3. durch das interdictum quod legatorum, wenn der Legatar sich eigenmächtig in den Besitz der vermachten Sache gesetzt hat auf Restitution (§ 118 sub 2);

4. durch die condictio indebiti, wenn der Erbe aus einem error facti zu viel geleistet hat[5], und durch die actio doli, wenn er dazu vom Legatar dolo veranlaßt wurde[6].

V. Ungültigkeit der Vermächtnisse.

1. Durch Ungültigkeit des Errichtungsgeschäfts*.

§ 124.

Ein Vermächtniß ist von vornherein ungültig, wenn es an den früher erörterten Erfordernissen der Errichtung fehlt: an den Erfordernissen hinsichtlich der Subjecte (§ 108), hinsichtlich der

---

[1] l. 14 § 1 D. h. t. (35. 2).

[2] l. 7, l. 80 § 1 D. h. t. l. 1 § 9, l. 23 D. eod. l. 76 pr. D. de leg. (31), l. 5 § 1 D. de dol. mal. except. (44. 4).

[3] l. 1 pr. D. si cui plus (35. 3).

[4] l. 26 pr. h. t. . . . posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.

[5] c. 9 C. h. t. (6. 50).

[6] l. 23 D. de dol. m. (4. 3).

* v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 539. Windscheid, Pand. Bd. 3 § 641.

Form (§ 109) oder hinsichtlich des Inhalts (§ 111 ff.). Es convalescirt aber, wenn der Onerirte den Willen des Erblassers anerkennt, sofern der Honorirte fähig ist, das Vermächtniß zu erwerben[1].

Das gültig errichtete Vermächtniß kann vor und nach dem Tode des Erblassers aus verschiedenen Gründen seine Geltung verlieren: wegen Ungültigkeit des Errichtungsgeschäfts und aus mannigfachen anderen Gründen (§ 125).

Das Errichtungsgeschäft kann ein Oralfideicommiß, ein Codicill oder ein Testament sein.

I. Ungültigkeit des Oralfideicommisses wegen Verlustes der Testirfähigkeit bewirkt die Ungültigkeit des errichteten Vermächtnisses nicht, wenn der Erblasser bei seinem Tode die Testirfähigkeit wieder erworben und bis dahin den Errichtungswillen fortgesetzt hat (§ 108 sub I)[2].

II. Ungültigkeit des Codicills macht stets die darin angeordneten Vermächtnisse ungültig. Sie tritt ein: 1. für jedes Codicill, wenn der Erblasser die Testirfähigkeit durch capitis deminutio verloren hat, sofern er nicht nach Wiedererlangung derselben sein schriftliches Codicill schriftlich bestätigt hat (S. 566); 2. für Testamentscodicille, wenn das Testament ungültig wird, quia pro parte testamenti habentur (S. 712).

Durch Errichtung eines Testaments werden frühere Intestatcodicille aufgehoben, wenn sich dieser Wille des Erblassers aus dem Testament ergiebt, sonst werden sie jetzt Testamentscodicille[3]. Durch Errichtung eines neuen Codicilles wird ein

---

[1] c. 16 § 1 C. de testam. (6. 23). c. 7. 23 C. de fideic. (6. 42). c. 2 C. eod. — cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur.

[2] l. 2 D. de leg. (30).

[3] l. 7 pr. D. de iure cod. (29. 7).

[4] Also im Zweifel sind sie dieß: § 1 I. de codic. (2. 25) . . . divi Severus et Antoninus rescipserunt ex his codicillis, qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse. Fein in Glück's Comment. Bd. 44 S. 168, Windscheid, Pand. Bd. 3 § 640 Note 7. Seuffert, Arch. Bd. 41 Nr. 277. A. M. Dernburg, Pand. Bd. 3

früheres ebenfalls nur aufgehoben, wenn das ersichtlich der Wille des Erblassers ist, andern Falls gelten mehrere verschiedenen Zeiten angehörige Codicille neben einander, das frühere wird durch das spätere nur aufgehoben, soweit es mit diesem in Widerspruch steht. Mehrere Testamente kann der Erblasser nicht hinterlassen, wohl aber mehrere Codicille[1].

II. Ungültigkeit des Testaments macht der Regel nach die darin angeordneten Vermächtnisse ungültig[2]. Diese Regel erleidet aber Ausnahmen:

1. Wenn der Erblasser blos die Erbeinsetzungen im Testament durchstrichen hat (S. 571 sub b), die Vermächtnisse aber stehen ließ, in der Absicht, sie aufrecht zu erhalten, so wird das Testament ein Intestatcodicill, aus welchem die Intestaterben die Vermächtnisse zu leisten haben[3].

2. Wenn das Testament wegen Unwirksamkeit sämtlicher Erbeinsetzungen ein testamentum destitutum ist (S. 574 sub III. 1) und in Folge dessen die Erbschaft als erbloſe an den Fiscus gelangt, hat dieser die Vermächtnisse zu entrichten, soweit die Erbschaft reicht (S. 417)[4].

3. Wenn das Testament wegen Verletzung des Notherbenrechts der Nov. 115 durch die querela inofficiosi testamenti rescindirt ist, bleiben alle testamentarischen Vergabungen mit Ausnahme der Erbeinsetzungen insbesondere auch die angeordneten Vermächtnisse gültig (S. 660 sub VI).

---

§ 105 Note 6: er will im Zweifel Aufhebung der Intestatcodicille angenommen wissen auf Grund der l. 5 D. de iure cod. (29. 7); vgl. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 192, wo zur Begründung des Anspruchs aus dem Codicill der Nachweis gefordert wird, der Testator habe auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben, daß der im Codicill ausgedrückte Wille nicht aufgehoben sein solle.

[1] § 3 I. de codic. (2. 25). l. 6 § 1 D. h. t. (29. 7); vgl. S. 202 sub 1. b.

[2] l. 181 D. de R. I. (50. 17). l. 9 D. de test. tut. (26. 2). l. 81 D. de leg. (31).

[3] l. 2 D. de his quae in test. del. (28. 4). l. 8 § 3 D. de b. p. s. t. (37. 11).

[4] l. 96 § 1 D. de leg. (30).

4. Wenn der Erblasser in dem Irrthum, seine Testamentserben seien gestorben, ein neues Testament macht, so ist dasselbe ungültig, aber die darin angeordneten Vermächtnisse müssen von den im ersten Testament instituirten Erben geleistet werden[1].

5. Wenn der Testamentserbe auch der nächste Intestaterbe sein würde, so kann er die Erbschaft ex testamento ausschlagen, um sie ab intestato anzutreten[2], aber wenn dies sine iusta causa geschieht, weil er sich doloser Weise von den ihm auferlegten Vermächtnissen befreien will, so haftet er den Legataren[3]. Der Repudiation steht gleich, wenn er die ihm gesetzte Potestativbedingung nicht erfüllt[4], und dem Erwerb der Erbschaft ab intestato steht gleich, wenn er sie als bonum vacans apprehendirt und durch Verjährung der dem Fiscus zustehenden Klagen erworben hat[5], und wenn er für die Repudiation einen Preis empfing[6], aber nicht der Fall, wo er die Erbschaft titulo singulari (durch Kauf, Schenkung ꝛc.) erhalten hat[7]. Die Klage steht nur Legataren zu, nicht auch andern Personen, die in Folge des Erbschaftsantritts etwas durch den Willen des Erblassers empfangen hatten[8], und geht nur auf das, was sie ohne die Repudiation, also eventuell nach Abzug der Quarta Falcidia, erhalten haben würden[9]. Sie geht aber nicht blos gegen den doloſen[10] Repudianten

---

[1] l. 92 D. de H. I. (28. 5), vgl. l. 28 D. de inoff. test. (5. 2.)

[2] Vgl. § 6 S. 98 Note 4.

[3] D. 29. 4 si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. C. 6. 39 si omissa sit causa testamenti. v. Wangerow a. a. O. § 539 Anm. 2.

[4] l. 1 § 6. 8 D. h. t.

[5] l. 6 § 7 D. h. t.

[6] l. 2 pr. D. h. t.

[7] l. 1 § 9, l. 30 D. h. t.

[8] l. 8. 9 D. h. t. vgl. l. 22 pr. D. eod.

[9] l. 18 § 1 D. h. t. c. 1 C. h. t.

[10] Gegen ihn geht sie auch, wenn er dolo den Besitz der Erbschaft aufgegeben hat, l. 1 § 10 D. h. t. aber die Repudiation ex iusta causa ohne Dolus begründet die Klage nicht, l. 6 § 1 § 3 D. h. t. l. 77 § 31 D. de leg. (31).

und dessen Erben[1], sondern auch gegen dritte Personen, die in Folge einer Kollusion mit dem Repudianten in den Besitz der Erbschaft gekommen sind, namentlich gegen den, der diesem einen Preis für die Repudiation gegeben hat: hier haftet dem Legatar principaliter der Repudiant, und in subsidium der, welcher durch die Repudiation in den Besitz der Erbschaft gekommen ist[2]. Auch Sublegataren steht die Klage gegen den onerirten Legatar zu, der mit dem repudiirenden Erben colludirte[3].

6. Wenn ein Testament die s. g. clausula codicillaris enthält[4] d. i. die Bestimmung, es solle, wenn es als Testament nicht bestehen könne, als Codicill oder in jeder möglichen Weise aufrecht erhalten werden[5], so wird das ungültige Testament auf Grund dieser Clausel — subintelligirt wird sie nicht[6] — umgewandelt in ein Codicill, aus welchem je nach Umständen die Intestaterben oder die in einem gültigen Testament eingesetzten Erben den im ungültigen Testament ernannten Erben ihre Erbportionen als Universalvermächtnisse, also als fideicommissarische herausgeben müssen[7]. Für diesen Fall gelten folgende Grundsätze:

a) Die Umwandlung setzt voraus, daß das Testament, welches als solches ungültig ist, die Erfordernisse eines Codicills hat. Nur die Verfügungen des Testaments, werden durch die Codicillarclausel

---

[1] l. 12 § 1 D. h. t.

[2] l. 4 pr. § 1, l. 10 pr. D. h. t.

[3] l. 4 § 2 D. h. t.

[4] v. Bangerow a. a. O. § 527. Fein in Glücks Commentar Bd. 45 S. 184 ff. Windscheid a. a. O. § 631.

[5] l. 29 § 1 D. qui testam. fac. (28. 1). Eine Form ist für diese Erklärung nicht vorgeschrieben, aber eine herkömmliche Formel auch heute üblich, vgl. Dernburg a. a. O. § 95 Note 7. Seuffert Arch. Bd. 48 Nr. 44.

[6] l. 41 § 3 D. de v. et p. subst. (28. 6) . . . nisi hoc expressum est. Gegen eine ältere abweichende Ansicht vgl. v. Bangerow a. a. O. Anm. 1. Die Regel erleidet eine Ausnahme beim s. g. testamentum parentum inter liberos (§ 71. II), dies wird ohne Codicillarclausel als Codicill aufrecht erhalten, c. 26 C. fam. erc. (3. 26); über das s. g. testamentum posterius imperfectum vgl. S. 571 Note 1.

[7] l. 88 § 17 D. de leg. (31). l. 2 § 4 D. h. t. (29. 7). l. 12 § 1 D. de iniusto (28. 3). c. 1 C. de cod. (6. 36). Fein a. a. O. S. 263 ff.

aufrecht erhalten, welche gültig sein würden, wenn der Testator sie von vornherein in einem Codicill errichtet hätte. Wo das nicht der Fall sein würde, ist die Umwandlung ausgeschlossen, z. B. wenn der Testator keine Testirfähigkeit hatte, wenn das Testament nur von vier fähigen Zeugen, oder wenn es ohne unitas actus errichtet wurde[1]. Ist das Testament ungültig, weil es der Testator widerrufen hat (S. 568 sub 2), so ist im Zweifel anzunehmen, daß er auch die darin enthaltene Codicillarclausel widerrufen wollte[2]. Ist es ungültig wegen Ungültigkeit der Erbeinsetzungen, so muß die Codicillarclausel gleichfalls unwirksam bleiben, weil ungültige Erbeinsetzungen nicht in fideicommissarische umgewandelt werden können. Ist das Testament mit der Codicillarclausel wegen Verletzung des Notherbenrechts ein testamentum inofficiosum, so kommt in Betracht, ob der instituirte Erbe die Erbschaft antritt oder nicht. Tritt er sie an, so werden durch die gegen ihn angestellte querela inofficiosi testamenti die im Testament enthaltenen Erbeinsetzungen trotz der clausula codicillaris nicht als Universalvermächtnisse aufrecht erhalten, sondern rescindirt, weil sie als quasi a demente data angesehen werden müssen[3]. Tritt er sie aber nicht an, so giebt es kein testamentum inofficiosum mehr, sondern es wird aus demselben auf Grund der clausula codicillaris ein Intestatcodicill, aus welchem der pflichttheilsberechtigte Intestaterbe den im Testament instituirten Erben ihre Erbportionen als Universalvermächtnisse nach Abzug der Quart und des Pflichttheils zu restituiren hat[4]. Ist das Testament ungültig geworden durch Ausschlagung des Testamentserben, oder weil er vor dem Antritt starb, so kann dort er selbst, hier sein Erbe die Erbschaft

---

[1] Vgl. Fein a. a. O. S. 296 ff.

[2] Fein a. a. O. S. 304 ff. Windscheid a. a. O. Note 11.

[3] l. 13 D. de inoff. test. (5. 2). l. 36 D. de leg. (32). Seuffert Arch. Bd. 41 Nr. 28 (R. G.) Die Literatur über diese Controverse: S. 660 Note 2.

[4] v. Vangerow a. a. O. Anm. 2 sub 1. a. Fein a. a. O. S. 276 ff., S. 322 ff. Windscheid a. a. O. Note 8—10. — Nach dem Nullitätssystem (S. 617) ist die Codicillarklausel als wirksam anzusehen, Seuffert, Arch. Bd. 33 Nr. 240, Bd. 39 Nr. 320 (R. G.)

als Universalvermächtniß in Anspruch nehmen, weil der Testator dies von vornherein durch Codicill hätte verfügen können[1].

b. Liegen die Voraussetzungen der Umwandlung vor, so wird das ungültige Testament mit der Codicillarclausel ein Testamentscodicill, wenn die Erbfolge aus einem Testament eintritt, ein Intestatcodicill, wenn die Intestaterbfolge eintritt. Das Testament, aus welchem die Erbfolge eintritt, kann ein Testament sein, welches vor dem ungültigen errichtet und durch dieses nicht aufgehoben wurde, oder auch ein nach demselben errichtetes, in welchem das ungültige bestätigt ist (S. 570 Note 5)[2]. Diese Conversion berührt nur die Erbeinsetzungen: sie werden Universalvermächtnisse, die Vermächtnisse im ungültigen Testament bleiben bestehen und belasten die Universalvermächtnißnehmer, oder, wenn die Erbeinsetzungen, weil sie ungültig sind, nicht in Universalvermächtnisse umgewandelt werden können, den Erben, der aus diesem Grunde von ihrer Restitution befreit ist[3].

c) Der im ungültigen Testament eingesetzte Erbe hat das Wahlrecht, das directe testamentarische Erbrecht geltend zu machen, oder das fideicommissarische aus der Codicillarclausel. Dieses Wahlrecht geht aber, wie jedes andere, durch einmalige Ausübung unter: von der einmal erklärten Wahl kann er nicht mehr zurücktreten, wenn sie im Proceß, in der Klage oder Klagebeantwortung, erklärt ist[4], eine anderweitige Erklärung bindet ihn nicht[5]. Eine Ausnahmevorschrift gilt für agnatische Ascendenten und Descendenten bis zum vierten Grad und für die cognatischen bis zum dritten

---

[1] Fein a. a. O. S. 308 ff. Windscheid a. a. O. Note 7.

[2] Vgl. die Quellen S. 773 Note 7. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 192.

[3] Windscheid a. a. O. Note 4.

[4] c. 8 pr. § 1. C. de codic. (6. 36). Fein a. a. O. S. 279 ff. Seuffert, Arch. Bd. 31 Nr. 250, Bd. 39 Nr. 320 (R. G.).

[5] Man streitet darüber. Gegen Fein a. a. O. S. 285 Note 90, der auch eine anderweitige Erklärung für bindend hält, Windscheid a. a. O. Note 13, weil in der c. 8 cit. nur von der Klage die Rede ist. Die Ansicht, daß nur die Wahl des Klägers bindend sei, nicht die des Beklagten vertritt das Erkenntniß bei Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 71, und noch eine andere Ansicht Bd. 5 Nr. 204.

Grade: sie sind an die erklärte Wahl nicht gebunden, sondern können ihren Entschluß beliebig ändern[1].

2. Aus andern Gründen*.

§ 125.

Ein gültig errichtetes Vermächtniß kann auch ohne Ungültigkeit des Errichtungsgeschäfts ungültig werden. Die Gründe, aus welchen dies möglich ist, sind folgende:

I. Ademtio legati d. i. Widerruf[2] des Vermächtnisses. Der Widerruf kann schon im Errichtungsgeschäft erfolgen[3], z. B. durch Ausstreichen der Verfügung, welche das Vermächtniß anordnet[4], oder nach der Errichtung[5]. Eine Form ist für den Widerruf nur bei Erbeinsetzungen (S. 569), nicht bei Vermächtnissen vorgeschrieben. Bei ihnen kann deßhalb der Widerruf nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen durch Handlungen oder Umstände, aus welchen in sicherer Weise der Wille des Erblassers, das Vermächtniß zu revociren, erkannt[6] und vom Onerirten bewiesen werden kann[7]: unter dieser Voraussetzung z. B. durch Veräußerung der vermachten Sache[8], gleichviel ob sie freiwillig oder aus Noth erfolgt[9], ob sie gültig oder ungültig ist[10],

---

[1] c. 8 § 2 C. h. t. (6. 36). Fein a. a. O. S. 291. 295 ff.

* v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 541 ff. Windscheid, Pand. § 639. 640.

[2] I. 2. 21 de ademtione et translatione legatorum D. 34. 4 de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.

[3] pr. I. h. t.

[4] l. 16. 17 D. h. t.

[5] l. 12 § 3 D. de leg. (30). l. 17 D. h. t.

[6] l. 3 § 11 D. h. t. nuda voluntate. Seuffert Arch. Bd. 6 Nr. 53, Bd. 4 Nr. 240.

[7] § 12 I. de leg. (2. 20). c. 3 C. eod. (6. 37) vgl. Seuffert, Arch. Bd. 40 Nr. 217 (R. G.). Windscheid a. a. O. § 654 Note 13.

[8] l. 15 D. h. t. c. 11 C. de leg. (6. 37).

[9] l. 11 § 12 D. de leg. (32). l. 18 D. h. t. (34. 4). A. M. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 106 Note 8.

[10] l. 24 § 1 D. h. t. (34. 4).

oder durch Specification oder eine sonstige Umgestaltung, welche der vermachten Sache eine neue Brauchlichkeit giebt[1]. Unter dieser Voraussetzung wird das Vermächtniß auch stillschweigend widerrufen durch ein neues Testament oder ein neues Codicill, wenn nach den darin getroffenen Verfügungen eine Willensänderung des Erblassers angenommen werden muß[2]; ebenso z. B. durch den Umstand, daß eine tiefgehende Feindschaft mit dem Legatar entstanden ist[3]. Durch die vom Legatar bewiesene Erneuerung des Vermächtnißwillens wird der Widerruf hinfällig[4]. Ein bedingter Widerruf macht das Vermächtniß zu einem bedingten, als wäre es sub conditione contraria errichtet[5], und ein unverständlicher Widerruf ist, wie ein unverständliches Vermächtniß, ungültig[6].

---

[1] l. 44 § 2—4 D. de leg (30). l. 39 D. eod. (31). l. 79 § 2, l. 88 D. eod. (32). Puchta Vorl. § 538 will hier die Beweislast nach der Art der Umgestaltung bestimmt wissen. Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 40 Nr. 217, (R. G.) Bd. 41 Nr. 29.

[2] Vgl. S. 770 a. E. § 1 I. de codic. (2. 25). l. 5 D. eod. (29. 7). Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 192, Bd. 31 Nr. 155, Bd. 41 Nr. 277.

[3] l. 3 § 11, l. 31 § 2 D. h. t. (34. 4). l. 9 pr. § 1 D. de his quae ut indign. (34. 9).

[4] l. 4. 15 D. h. t. (34. 4).

[5] l. 14 pr. l. 19 pr. D. h. t. (34. 4). l. 107 i. f. D. de cond. (35. 1). I. 6 pr. D. quando dies leg. (36. 2).

[6] Zwei Digestenstellen, beide von Ulpian, enthalten darüber widersprechende Entscheidungen. Die l. 3 § 7 D. h. t. (34. 4) entscheidet den Fall: si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit nec appareat, cui ademtum sit, dahin: utrique legatum debetur, quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum. Hier ist der allgemeine Grundsatz zur Anwendung gebracht: unverständliche letztwillige Verfügungen sind ungültig, also der unverständliche Widerruf, l. 73 § 3 D. de R. I. (50. 17). Dagegen die l. 10 (9) pr. D. de reb. dub. (34. 5) entscheidet denselben Fall dahin: ademtionem autem in utrumque valere. Diese Entscheidung, nach welcher die beiden verständlich angeordneten Vermächtnisse durch den unverständlichen Widerruf aufgehoben werden, läßt sich juristisch überhaupt nicht begründen; es muß deßhalb bezweifelt werden, daß Ulpian sie gegeben hat. Auf dem einfachsten Wege wird der Widerspruch zwischen beiden Stellen beseitigt, wenn man mit Mommsen in seiner Ausgabe in der l. 10 cit. statt in utrumque liest neutrimque; über andere Aenderungen

II. Translatio legati d. i. Widerruf eines Vermächtnisses durch Errichtung eines neuen, welches an seine Stelle treten soll[1]. Die Translation ist in vierfacher Weise möglich[2]: so, daß der Erblasser das Vermächtniß einem anderen Honorirten zuwendet[3], so, daß er mit demselben einen andern Onerirten belastet[4], so, daß er einen andern Gegenstand vermacht[5] und so, daß seine Veränderungen sich auf Nebenbestimmungen beziehen: auf Bedingungen oder Zeitbestimmungen, die er beseitigt oder hinzufügt[6]. Die translatio legati schließt zwei Geschäfte in sich: eine ademtio und eine datio legati. Ist diese ungültig, so bleibt gleichwohl jene gültig, falls nicht die Gültigkeit der datio die Voraussetzung der ademtio sein soll[7].

III. Wegfall des Onerirten: des onerirten Erben oder des onerirten Legatars. Hier gilt das Princip: was dem Onerirten durch den Erblasser zugewandt ist, nicht seine Person ist mit dem Vermächtniß belastet, sofern nicht durch den Willen des Erblassers das Onus an seine Person geknüpft ist[8]:

---

und Vereinigungsversuche vgl. die Literatur bei Windscheid a. a. O. § 640 Note 8. Nimmt man eine Antinomie an, so kann die Frage nach dem Recht der Wissenschaft nur so entschieden werden, wie es in l. 3 § 7 cit. geschehen ist.

[1] l. 5 D. h. t. (34. 4) Sicuti adimi legatum potest, ita et . . . . . transferri.

[2] l. 6 pr. D. h. t.

[3] l. 6 pr. cit. . . . a persona in personam transfertur. § 1 I. h. t. (2. 21). l. 33 D. de leg. (30). c. 7 pr. C. eod. (6. 37). Das bedingte Vermächtniß wird im Zweifel unter derselben Bedingung übertragen, l. 24 pr. D. h. t.

[4] l. 6 pr. cit. . . . ab eo. qui dare iussus est, transfertur, ut alius det. l. 6 § 1 D. h. t. l. 44 § 1 D. de leg. (31)

[5] l. 6 pr. cit. . . . cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei. l. 6 § 2 D. h. t.

[6] l. 6 pr. cit. . . . quod pure datum est transfertur sub conditione. l. 7—9 D. h. t. l. 87—89 D. de cond. (35. 1).

[7] l. 20 D. h. t. l. 34 pr. D. de leg. (30). Seuffert, Arch. Bd. 48 Nr. 189.

[8] Nach einem Rescript von Severus, l. 74 D. de leg. (30). l. 29 § 1. 2 D. eod. (31).

1. Erwirbt also ein onerirter Testamentserbe die ihm deferirte Erbschaft nicht, so kommt sie mit dem auf ihr lastenden Vermächtniß an den, der sie an seiner Stelle erhält, gleichviel ob durch Substitution, Accrescenz oder Transmission[1]. Tritt aber, weil der Testamentserbe weggefallen ist, statt der testamentarischen die Intestaterbfolge ein, ohne daß das Testament als Codicill aufrecht erhalten wird, so geht das Vermächtniß wegen Wegfall des Onerirten unter[2].

2. Erwirbt ein onerirter Intestaterbe die deferirte Erbschaft nicht, so geht sie mit der Vermächtnißschuld an den über, der sie durch Accrescenz oder Transmission an seiner Stelle erhält[3]. Tritt aber, weil er weggefallen ist, eine successio ordinum oder graduum ein, so geht die Vermächtnißschuld nicht auf den neuen Delaten über, sondern unter[4], sofern nicht die Intestaterben überhaupt (quicunque ab intestato successerit) onerirt sind[5].

3. Erwirbt der onerirte Legatar das Vermächtniß nicht, so kommt dasselbe mit dem auf ihm lastenden Sublegat an seinen Substituten oder bei seinem Tode an seine Erben[6]. Hat er Collegatare, denen seine vacant gewordene Vermächtnißquote accrescirt, so hängt es von dem Willen des Erblassers ab, ob sie das Sublegat nach Verhältniß des ihnen accrescirenden Antheils leisten sollen oder nicht[7]. Hat er weder Substituten noch Collegatare, so bleibt das Vermächtniß beim onerirten Erben und dieser muß das Sub-

---

[1] l. 77 § 15, l. 82 § 1 D. de leg. (31). c. 4 C. ad SC. Treb. (6. 49). l. 49 § 4 D. de leg. (31).

[2] l. 81 D. de leg. (31). c. un. § 4 C. de caduc. toll. (6. 51).

[3] l. 61 § 1 D. de leg. (31).

[4] l. 1 § 9. 10 D. de leg. (32). A. M. hinsichtlich der successio graduum Kohler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 59 S. 99 ff.

[5] l. 47 § 4 D. de fid. libert. (40. 5). l. 16 D. de iure cod. (29. 7). l. 77 § 26 D. de leg. (31).

[6] l. 29 pr. l. 32 § 4 D. de leg. (31).

[7] Ueber die verschiedene Entscheidung der römischen Juristen, je nachdem die Collegatare re tantum oder re et verbis coniuncti sind, vgl. S. 748 sub 2 und 3.

legat leisten[1], eventuell der Fiscus, wenn die Erbschaft an ihn als eine erblose gelangt (§ 65).

IV. Wegfall des Honorirten. Erwirbt dieser das Vermächtniß nicht, weil er vor dem dies cedens stirbt, oder weil er nach dem dies veniens (§ 113) repudiirt, oder weil die Bedingung für das Vermächtniß ausgefallen ist, so bleibt es beim Onerirten, wenn keine Substituten da sind. Diese gehen beim Tode des Legatars nach dem dies cedens unter gewissen Voraussetzungen seinen Erben vor (S. 739 sub 3).

V. Untergang des Vermächtnisses vor der Agnition. Durch den Tod des Erblassers (dies cedens) entsteht aus dem Vermächtniß für den Legatar ein obligatorischer Anspruch auf die vermachte Leistung unter der conditio iuris: si heres erit und, wenn sich diese Bedingung durch den Erbschaftsantritt erfüllt hat (dies veniens), unter der weiteren Bedingung: si voluerit legatarius habere legatum, so daß jetzt dem Legatar die Vermächtnißberechtigung d. i. das Wahlrecht zwischen Agnition und Repudiation des Vermächtnisses zusteht (§ 113). Die Entstehung dieser beiden bedingten obligatorischen Ansprüche setzt voraus, daß die vermachte Leistung nicht bereits beim dies cedens oder veniens eine objectiv unmögliche oder unerlaubte geworden ist[2], sonst wird das Vermächtniß ungültig, weil eine solche Leistung nicht geschuldet werden kann[3]. Tritt aber die Unmöglichkeit oder Unerlaubtheit erst ein, nachdem durch die Agnition die Vermächtnißforderung quasi ex contractu für den Legatar erworben ist, so wird durch

---

[1] c. un. § 3. 4 C. de cad. toll. (6. 51).

[2] Die regula Catoniana (§ 111) kommt hier nicht in Frage, weil sie sich nur auf den zur gültigen Errichtung erforderlichen Inhalt der Vermächtnißobligation bezieht.

[3] Hierher gehört auch der Fall in § 6 I. de legatis (2. 20), die von dem s. g. concursus duarum lucrativarum causarum handelt: Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius domnius factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse, vgl. Windscheid a. a. O. § 639 Note 5 a. E.

ſie die Gültigkeit des Vermächtniſſes nicht mehr berührt[1]. Wenn die Vermächtnißforderung oder die vermachten dinglichen Rechte durch die Agnition aus der Vermächtnißberechtigung vom Legatar erworben ſind, ſo ſind alle rechtlichen Wirkungen, die das Vermächtniß überhaupt haben kann, eingetreten. Die Vermächtnißberechtigung iſt jetzt der Titel für die daraus erworbenen Forderungen und dinglichen Rechte geworden, und für die Aufhebung dieſer Rechte gelten dieſelben Grundſätze, wie für Forderungen und dingliche Rechte, die aus einem anderen Titel erworben ſind. Die Agnition des Vermächtniſſes wirkt wie der Erbſchaftsantritt, durch den die Erbberechtigung der Titel für die Erbfolge wird (S. 11. § 6 a. E.).

Zweiter Abſchnitt.

Die einzelnen Vermächtniſſe.

I. Die Singularvermächtniſſe.

1. Vermächtniß einer species*.

§ 126.

Bei dem Vermächtniß einer species d. i. einer individuell beſtimmten Sache kommt in Betracht, wem die Sache beim Tode des Erblaſſers gehört.

I. Gehört ſie zur Erbſchaft, ſo iſt das Vermächtniß ein ſ. g. Eigenthumsvermächtniß. Hier erhält der Legatar die Sache, auch wenn der Erblaſſer ſie irrthümlich für eine fremde gehalten hat, ſo wie ſie beim Tode des Erblaſſers iſt, mit allen dinglichen, aber frei von verfallenen obligatoriſchen Belaſtungen und mit allen Pertinenzen und ſonſtigen Acceſſionen (§ 116)[2]. Im Uebrigen geſtalten ſich die Rechtsverhältniſſe verſchieden, je nachdem das Vermächtniß pure oder sub conditione hinterlaſſen iſt.

[1] Vgl. auch Windſcheid a. a. O. Note 1.

* Arndts in Glück's Comment. Bd. 46 S. 120 ff. u. Civil. Schriften S. 464 ff. Windſcheid, Pand. Bd. 3 § 654. Brinz, Pand. Bd. 3 § 415. Dernburg, Pand. Bd. 3 § 109.

[2] l. 69 § 3 D. de leg. (30). l. 39 § 5 D. eod. l. 24 § 2 D. eod. l. 16 D. h. t. (32). Anderweitige Stellen bei Windſcheid a. a. O. Note 1—6.

1. Bei dem unbedingten Eigenthumsvermächtniß wird nach der von Antoninus Pius recipirten Theorie, welche die Proculianer für das alte Vindicationslegat aufstellten[1], die legirte Sache mit dem Erbschaftsantritt (dies veniens) zugleich vom Legatar und vom Erben sub conditone erworben: jener erwirbt sie unter der suspensiven conditio iuris, daß er das Vermächtniß agnoscirt, dieser sub conditione contraria, also unter der Bedingung der Repudiation. Dadurch erhält der Legatar mit dem Erbschaftsantritt neben der deferirten Vermächtnißforderung deferirtes Eigenthum an der legirten Sache d. i. ein dingliches Recht, welches mit der Agnition wegen der rückwirkenden Kraft der Bedingung ex die aditae hereditatis perfectes Eigenthum wird; für den Fall der Repudiation steht dagegen das Eigenthum dem Erben rückwärts seit dieser Zeit zu. Inzwischen gehört es noch keinem von beiden (interim nullius est): es ist als ein sub conditione erworbenes für beide in pendenti[2]. Daraus folgt: während die Bedingung schwebt, ist das hinterlassene Eigenthum an der legirten Sache noch ein Erbschaftsrecht, und wie der Erwerb dieses Eigenthums ist auch der Erwerb der Klagen in pendenti, welche inzwischen durch die Verletzung des Eigenthums begründet werden, ebenso der Erwerb der Früchte, sowie jede dingliche Disposition, welche der Erbe oder der Legatar über die legirte Sache getroffen hat. Mit der Agnition des Vermächtnisses fallen die Klagen und die Früchte ex die aditae hereditatis an den Legatar, und die vom Erben an der legirten Sache bestellten iura in re, die bisher als bedingte existirten, gehen wegen Deficienz der Bedingung rückwärts unter, die vom Legatar bestellten werden rückwärts perfect. Repudiirt aber der Legatar, so kommen die Klagen und die Früchte ex die aditae hereditatis an den Erben, und die vom Erben bestellten iura in re werden rückwärts vom Moment ihrer Bestellung perfect, die vom Legatar bestellten gehen rückwärts unter[3].

[1] Gaius II. 195.

[2] l. 169 § 1 D. de R. I. (50. 17). Quod pendet, non est pro eo, quasi sit. Vgl. S. 734 Note 1 ff.

[3] l. 80 § 2 D. de legat. (30). l. 8 D. de R. C. (12. 1). l. 15 D. de reb. dub. (34. 5). l. 80 D. de leg. (31). l. 44 § 1 D. eod. — l 38 § 1

Die legirte Sache war also nur interimistisch eine Erbschaftssache. Aber so lange sie dies ist, hat den Anspruch auf ihren Besitz der Erbe, geschützt durch das interdictum quod legatorum (S. 751 sub 2).

Die Sabinianer stellten für das Vindicationslegat eine andere Theorie auf. Nach ihr soll der Legatar die vermachte Sache mit dem Erbschaftsantritt pure, ohne Delation und Agnition, erwerben, aber unter der Resolutivbedingung si nolet[1]. Nach ihr hat pendente conditione den Anspruch auf den Besitz der Sache der Legatar, während er dem Erben zukommen muß, bis feststeht, daß dem Vermächtnisse nicht Ansprüche der Erbschaftsgläubiger entgegenstehen. Nach ihr verliert der Legatar sofort die ihm an der legirten Sache zustehenden iura in re durch confusio, so daß dieser Verlust im Fall der Ablehnung des Vermächtnisses nach den Grundsätzen der Resolutivbedingung wieder aufgehoben werden muß, während er nach der Ansicht des Proculus in pendenti ist[2]. Nach ihr müssen im Fall der Ablehnung Klagen und Früchte, die der Legatar pendente conditione erworben hat, nach diesen Grundsätzen restituirt werden[3], und die vom Legatar bestellten iura in re nach diesen Grundsätzen endigen[4]. Die heute herrschende Doctrin nimmt an, daß diese Theorie der Sabinianer in das Justinianische Recht übergegangen ist[5].

2. Bei dem bedingten Eigenthumsvermächtniß kommt nach der hier unbestritten recipirten Theorie der Sabinianer das Eigenthum der legirten Sache bis zum Eintritt der Bedingung an den

---

D. de leg. (30). l. 19 § 1 D. quemadm. serv. am. (8. 6). — l. 15 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2). l. 13 § 3, l. 17 § 1, l. 34—36 pr. D. eod. l. 7 § 5 D. de dol. mal. (4. 3). l. 37 D. de leg. (31). c. 7 § 9 C. de curat. fur. v. prod. (5. 70). Zu diesen Stellen vgl. meine Abh. in v. Jhering's Jahrbb. Bd. 5 S. 194 ff., und über den obligator. Vertrag unter Abwesenden S. 45 ff., (in den Jahrbb. Bd. 11 S. 182 ff.)

[1] Gaius II 195. Vgl. S. 735 Note 4.

[2] l. 38 § 1 D. de leg. (30).

[3] Nach der Ansicht des Proculus integra manebit actio furti, l. 38 § 1 cit.

[4] Vgl. S. 731 sub III.

[5] Vgl. dagegen S. 735 Note 4.

Erben und erst von da ab an den Legatar[1]. Wenn die Bedingung sich beim Erbschaftsantritt noch nicht erfüllt hat, so ist anzunehmen daß nach der Absicht des Erblassers der Erwerb der vermachten Sache erst von der Erfüllung der Bedingung datiren, d. i. daß die Bedingung ein dies incertus sein soll, der die Rückziehung ausschließt[2]. Demgemäß bleibt hier der Erbe auch nach der Agnition des Vermächtnisses Eigenthümer der legirten Sache für die Zwischenzeit[3]. Diese Theorie führt zu folgenden Consequenzen: a) die iura in re des Erben an der legirten Sache gehen mit dem Erbschaftsantritt, weil der Erbe Eigenthümer wird, durch confusio unter, müssen ihm aber nach der Agnition vom Legatar restituirt werden[4]; b) die vom Erben an der legirten Sache bestellten iura in re erlöschen nicht rückwärts, sondern erst vom Moment der Agnition, und die Früchte bis zur Agnition gehören ihm[5]; c) die durch die Verletzung des Eigenthums an der legirten Sache begründeten Klagen sind nicht in pendenti, sondern stehen bis zur Agnition dem Erben, und nach derselben dem Legatar nur soweit zu, als sie von jenem noch nicht angestellt oder noch anhängig sind[6].

Soll nach der Absicht des Erblassers die dem Vermächtniß hinzugefügte Bedingung kein dies incertus, sondern eine reine conditio sein, so erhält der Erbe auch mit dem Erbschaftsantritt das Eigenthum der legirten Sache, aber nur provisorisch (interim), durch die Agnition erwirbt es rückwärts der Legatar ex die aditae hereditatis: ihm gehören die Früchte aus der Zwischenzeit, die

---

[1] Gaius II. 200. Die Proculianer gingen von der Ansicht aus, der Erblasser wolle auch das bedingte Vermächtniß ex die aditae hereditatis hinterlassen, vgl. meine Abh. über den oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 75 ff. (in v. Ihering's Jahrbb. Bd. 11 S. 213 ff.).

[2] Vgl. S. 730 Note 2 ff.

[3] l. 29 § 1 D. qui et a quib. man. (40. 9). l. 26 § 5 D. de fideic. libert. (40. 5). l. 16 D. quib. mod. ususfr. (7. 4).

[4] l. 17 D. quib. mod. ususfr. (7. 4). l. 6 D. de manum. testam. 40. 4). l. 116 § 4 D. de leg. (30).

[5] l. 11 § 1 D. quemadm. serv. am. (8. 6). l. 13 § 1 D. de pignor. (20. 1). l. 82 pr. D. de leg. (30).

[6] l. 14 pr. D. de cond. furt. (13. 1).

vom Erben eingeräumten iura in re erlöſchen rückwärts und die in der Zwiſchenzeit entſtandenen Klagen ſtehen dem Legatar ſoweit zu, als ſie vom Erben noch nicht angeſtellt oder noch anhängig ſind[1].

Dieſe Grundſätze des Eigenthumsvermächtniſſes gelten auch, wenn der Erblaſſer ein ius in re an ſeiner eigenen Sache vermacht. Hier erwirbt der Legatar auch dieſes dingliche Recht mit dem Erbſchaftsantritt unter der conditio iuris der Agnition: wenn ſich dieſe Bedingung erfüllt, ſteht es ihm rückwärts ex die aditae hereditatis zu[2].

Hat der Erblaſſer ſein Eigenthum an einer Sache vermacht, an der andere Perſonen dingliche Rechte haben, welche die nutzbare Ausübung des Eigenthums aufheben, wie Emphyteuſis, Superficies, Uſusfructus, oder welche zur eventuellen Entziehung des Eigenthums berechtigen, wie das Pfandrecht, ſo erlöſchen dieſe Rechte, wenn ſie dem Onerirten zuſtehen. Hat ſie aber ein Dritter, ſo kommt in Betracht, ob der Erblaſſer ihre Exiſtenz gekannt hat oder nicht: im erſten Fall muß der Onerirte die legirte Sache frei von dieſen Rechten an den Legatar leiſten, eventuell ihren Werth, im zweiten Fall kann der Legatar die Sache nur ſo fordern, wie ſie der Erblaſſer hinterlaſſen hat; ebenſo, wenn die iura in re dem Legatar ſelbſt zuſtehen und deßhalb mit der Agnition durch confusio untergehen[3]. Liegen auf einem vermachten Grundſtück Prädialſervituten, ſo hat der Onerirte es nur dann frei von dieſen zu leiſten, wenn der Erblaſſer es angeordnet hat[4].

---

[1] l. 12 § 2 D. fam. erc. (10. 2). c. 3 § 2 C. commun. de leg. (6. 43). Vgl. meine citirte Abhandl. S. 76 ff. (in den Jahrbb. Bd. 11 S. 214 ff.).

[2] l. 19 § 1 D. quemadm. serv. am. (8. 6). Vgl. meine cit. Abh. S. 74 (in den Jahrbb. Bd. 11 S. 212).

[3] l. 26, l. 76 § 2 D. de leg. (31). l. 66 § 6, l. 85 D. eod., l. 57 D. de leg. (30). § 5 I. eod. (2. 20). Windſcheid a. a. O. Note 16. Seuffert, Arch. Bd. 36 Nr. 206. Die citirten Stellen ſprechen nur von Nießbrauch und Pfandrecht; gegen ihre Ausdehnung auf Emphyteuſis und Superficies erklären ſich Brinz, Pand. Bd. 3 § 415 sub I. 5 und Dernburg, Pand. Bd. 3 § 109 Note 10.

[4] l. 69 § 3, l. 70 § 1. l. 116 § 4 D. de leg. (30).

II. Gehört die legirte Sache dem Onerirten, so ist das Vermächtniß ein s. g. Forderungsvermächtniß (§ 114), auch wenn der Erblasser sie für die seinige gehalten hat: das Eigenthum geht hier nicht ipso iure mit der Agnition auf den Legatar über, sondern er hat nur die actio ex testamento gegen den Onerirten auf Tradition[1].

III. Gehört die legirte Sache dem Honorirten, so ist das unbedingte Vermächtniß nach der regula Catoniana (§ 111) ungültig, wenn sie ihm schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses gehörte[2], hat er sie aber erst nach der Errichtung erworben, so kann er vom Onerirten fordern, was er für den Erwerb gegeben hat[3]. Ist der Honorirte dem Erblasser oder dem Erben auf die vermachte Sache aus einer Forderung, die der Erblasser kannte, persönlich obligirt, so muß nach dessen präsumtiven Willen der Legatar von dieser Obligation befreit werden[4].

---

[1] l. 67 § 8 D. de leg. (31). Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 39. Arndts a. a. O. Bd. 46 S. 193 ff.

[2] Ist die dem Legatar gehörige Sache mit einem einem Dritten zustehenden Pfandrecht, Nießbrauch, Emphyteusis oder Superficies belastet, so wird sie, wenn der Erblasser diese Rechte gekannt hat, als eine theilweis fremde behandelt, deßhalb gilt das Vermächtniß mit der Wirkung, daß der Onerirte verpflichtet ist, die Sache von diesen Rechten zu befreien. l. 86 pr. D. de leg. (30). Mit dieser Stelle steht die l. 66 § 6 D. de leg. (31) nach ihrem Wortlaut in Widerspruch, wenn sie nicht, wie v. Bangerow a. a. O. § 525 Anm. 2 sub 3 annimmt, von dem Fall zu verstehen ist, wo der Erblasser nicht den auf die Ablösung dieser Rechte gerichteten Willen hatte, weil er sie nicht kannte; vgl. darüber Windscheid a. a. O. Note 23. Ist die dem Legatar gehörige Sache mit dem Erblasser zustehenden dinglichen Rechten belastet, so ist das Vermächtniß gültig mit der Wirkung, daß diese Rechte zum Vortheil des Legatars erlöschen, l. 71 § 5 D. de leg. (30), l. 86 § 4 D. eod. Unterliegt das Eigenthum des Legatars an der vermachten Sache der Anfechtung (i. i. restitutio) oder dem Rückfall (Reloſutivbedingung), so ist das Vermächtniß gültig mit der Wirkung, daß der Onerirte dem Legatar Sicherheit gegen den Verlust des Eigenthums gewähren muß, l. 82 § 1 D. de leg. (30). v. Bangerow a. a. O. sub 2.

[3] § 6 I. de leg. (2. 20). l. 34 § 7 D. eod. (30).

[4] l. 39 § 2 D. eod. Windscheid, a. a. O. Note 25.

IV. Gehört die legirte Sache einem Dritten, ſo iſt das Vermächtniß nichtig, wenn der Erblaſſer ſie irrthümlich für ſeine eigene gehalten hat, weil präſumirt werden muß, daß er ſie ohne dieſen Irrthum nicht würde legirt haben[1]. Hat aber der Erblaſſer wiſſentlich eine fremde Sache legirt, ſo iſt das Vermächtniß ein Forderungsvermächtniß: der Legatar hat, wenn er dieſes Wiſſen des Erblaſſers beweiſt[2], gegen den Onerirten die actio ex testamento auf Verſchaffung der Sache oder, wenn der Erwerb nicht oder nur um einen unverhältnißmäßigen Preis möglich iſt, auf das verum rei pretium[3]. Hatte der Erblaſſer an der vermachten fremden Sache, die er für die ſeinige hielt, den Eigenthumsbeſitz oder ein dem Eigenthum ähnliches dingliches Nutzungsrecht, ſo muß der Onerirte dies gewähren[4], ebenſo das Forderungsrecht, welches dem Erblaſſer auf die vermachte Sache des Dritten zuſtand[5].

2. S. g. legatum generis*.

§ 127.

Ein legatum generis nennt man das in den Quellen als legatum generaliter relictum[6] bezeichnete Vermächtniß einer res non fungibilis, die nur der Gattung nach beſtimmt iſt.

---

[1] l. 67 § 8 D. de leg. (31). l. 5 § 1 D. eod. (30). Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Legatar eine dem Erblaſſer ſehr nahe ſtehende Perſon iſt, von der nach den Umſtänden angenommen werden muß, daß er ihr auf alle Fälle das Vermächtniß hinterlaſſen wollte, c. 10 C. de leg. (6. 37), vgl. S. 743 Note 5 und Windſcheid a. a. O. Note 11.

[2] § 4 i. f. I. de leg. (2. 20). l. 21 D. de probat. (22. 3). Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 72. Windſcheid a. a. O. Note 8.

[3] § 4 I. de leg. (2. 20). l. 39 § 7 D. h. t. (30). l. 14 § 2, l. 22 § 2, l. 30 § 6 D. h. t. (32). l. 71 § 3 D. h. t. (30).

[4] l. 71 § 6 D. de leg. (30). l. 68 pr. D. h. t. (32). Windſcheid, a. a. O. Note 7. Dernburg a. a. O. Note 7.

[5] l. 39 § 3 D. de leg. (30).

* Arndts Civiliſt. Schriften Bd. 2 S. 474. v. Bangerow, Pand. Bd. 2 § 549. Windſcheid, Pand. Bd. 3 § 655. Brinz, Pand. Bd. 3 § 415 sub 3. Dernburg, Pand. 3 § 110 sub 2.

[6] l. 37 pr. D. de leg. (30).

Befinden sich Sachen dieser Art im Nachlaß, so kann sich der Legatar nach der Agnition[1] eine derselben wählen und wird mit der Wahl Eigenthümer[2]; er darf aber nicht die beste Spezies wählen, sondern nur eine Species mittleren Werthes[3]. Nach Anordnung des Erblassers kann das Wahlrecht auch der Onerirte oder ein Dritter haben; hier darf der Wahlberechtigte nicht die schlechteste Species, sondern er muß ebenfalls eine Species mittleren Werthes wählen[4]. Der Erblasser kann aber auch absolute Wahlfreiheit verfügen[5]. Die einmal getroffene gültige[6] Wahl ist unabänderlich[7]. Das Wahlrecht des Legatars und des Onerirten ist vererblich. Stirbt aber der Dritte vor der Wahl, oder wählt er nicht innerhalb Jahresfrist, so geht das Wahlrecht auf den Legatar über[8]. Dem Wahlberechtigten kann durch den Richter eine Frist für die Vornahme der Wahl gesetzt werden: dem Legatar auf Antrag des Onerirten unter dem Präjudiz der Repudiation, dem Onerirten oder dem Dritten unter dem Präjudiz des Uebergangs des Wahlrechts auf den Legatar[9]. Können sich mehrere gemeinsam zur Wahl Berufene nicht einigen, so bestimmt den Wähler das Loos[10]. Ist die Zahl der vermachten Sachen nicht genannt, so können drei ausgewählt werden[11]. Befinden sich Sachen dieser Gattung nicht im Nachlaß, so ist das Vermächtniß ungültig, wenn der Erblasser das Gegentheil voraussetzte, sonst ist es auch in diesem Fall gültig[12].

---

[1] l. 16 D. de opt. v. elect. (33. 5).

[2] § 22. 23 I. de leg. (2. 20).

[3] l. 37 pr. D. de leg. (30).

[4] l. 110 D. de leg. (30). Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 73. Ueber den Fall der Eviction. l. 29 § 3 D. de leg. (32). l. 58 D. de eviet. (21. 2).

[5] l. 2 § 1 D. de opt. v. elect. (33. 5).

[6] l. 2 § 2. 3. l. 3. 4. 5 D. h. t. (33. 5).

[7] l. 5 pr., l. 84 § 9 D. de leg. (30). l. 11 § 1 D. h. t. (31). l. 20 D. de opt. v. elect. 33. 5).

[8] c. 3 § 1 C. commun. de leg. (6. 43).

[9] l. 6—8 pr. D. de opt. vel elect. (33. 5), l. 13 § 1, l. 17 D. eod.

[10] § 23 I. de leg. (2. 20).

[11] l. 1 D. de opt. v. elect. (33. 5).

[12] l. 71 pr. D. de leg. (30). Windscheid a. a. O. Note 8. Arndts, Pand. § 574.

Im Uebrigen wird hier die Vermächtnißobligation nach den für generische Obligationen geltenden Grundsätzen beurtheilt.

3. Vermächtniß einer Quantität oder Summe*.

§ 128.

Hat der Erblasser eine bestimmte Quantität fungibler Sachen oder eine bestimmte Summe ohne nähere Bezeichnung vermacht, so entsteht ein gültiges Forderungsvermächtniß, auch wenn Sachen dieser Art nicht im Nachlaß vorhanden sind[1]. Wo bei dem Vermächtniß einer Quantität die Qualität, in welcher die Sachen geleistet werden sollen, vom Erblasser nicht bestimmt ist, hat der Onerirte die Wahl[2]; und wo bei einem Geldvermächtniß die Geldsorte nicht angegeben ist, muß der Wille des Erblassers aus den Umständen (Sprachgebrauch des Erblassers oder seines Wohnorts ꝛc.) ermittelt werden[3]. Fehlt es bei Vermächtnissen von Quantitäten oder Geld auch an einer Bestimmung über die Größe, so hat der Onerirte die fraglichen Fungibilien oder die Geldstücke zu leisten, welche sich im Nachlaß befinden[4], eventuell kommt die Vermächtnißobligation wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes nicht zur Existenz.

4. Legatum optionis*.

§ 129.

Legatum optionis oder optio oder electio legata heißt das Vermächtniß, durch welches der Erblasser dem Honorirten die

---

* D. 33. 6 de tritico, vino vel oleo legato. Arndts a. a. O. S. 471. v. Vangerow a. a. O. § 550. Windscheid a. a. O. sub 2. Brinz a. a. O. sub 2. Dernburg a. a. O. sub 2.

[1] l. 3 pr. D. h. t. (33. 6).

[2] l. 4 D. h. t.

[3] l. 50 § 3 D. de leg. (30); vgl. l. 51, l. 96 pr. D. eod. Ueber den Fall, wo eine Summe oder eine Quantität im Testament mehrmals vermacht ist l. 34 § 3—6 D. eod., und über das Vermächtniß einer Geldsumme in Werthpapieren Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 351, Bd. 11 Nr. 62, Bd. 19 Nr. 172.

[4] l. 7 pr. D. h. t.

* D. 33. 5 de optione vel electione legata. Arndts a. a. O.

Wahl unter mehreren Erbschaftssachen derselben Gattung eingeräumt hat[1]. Es unterscheidet sich von dem legatum generis (§ 127) dadurch, daß hier das Wahlrecht ein unbeschränktes ist: der Honorirte kann die beste Species wählen[2], aber er muß eine Species ganz wählen, nicht Theile der einen und der andern[3]. Die gültige Ausübung des Wahlrechts setzt die Agnition des Vermächtnisses voraus, kann daher nicht vor dem dies veniens stattfinden[4]. Zögert der Honorirte mit der Wahl, so kann ihm auf Antrag des Onerirten eine Frist gesetzt werden unter dem Präjudiz der Repudiation[5]. Stirbt der Honorirte vor der Wahl, aber nach dem dies cedens, so geht das Vermächtniß mit dem Wahlrecht auf seine Erben über[6]. Durch einmalige gültige Ausübung geht das Wahlrecht unter[7]. Sind zum legatum optionis Collegatare berufen, so müssen sie das Wahlrecht gemeinsam ausüben; können sie sich über die Wahl nicht verständigen, so entscheidet das Loos, wer von ihnen die Wahl zu treffen hat[8].

5. S. g. legatum alternativum*.

§ 130.

Bei dem legatum alternativum d. i. bei einem Vermächtniß, durch welches von mehreren speciell oder generell bezeichneten Gegen-

---

S. 484. v. Bangerow a. a. O. § 549 sub 2. a. Windscheid a. a. O. § 661. Brinz a. a. O. sub I. 3. Dernburg a. a. O. sub 1. Bernstein, Zur Lehre vom legatum optionis, Zeitschr. für Rechtsw. Bd. 14.

[1] § 23 I. de leg. (2. 20). l. 1 D. h. t. (33. 5).

[2] l. 2. pr. D. h. t.

[3] l. 15 D. de leg. (31).

[4] l. 16 D. h. t. (33: 5).

[5] l. 8 pr., l. 13 § 1 D. h. t. 33. 5).

[6] l. 19 D. h. t. (33. 5).

[7] l. 20 D. h. t. (33. 5).

[8] § 23 I. de leg. (2. 20). Die Vorschriften über das Wahlrecht beim legatum optionis sind verallgemeinert, sie gelten auch für das legatum generis. Bernstein a. a. O. Windscheid a. a. O. Note 4. Brinz a. a. O. Note 28.

* Arndts a. a. O. S. 483 ff. v. Bangerow a. a. O. § 549 a. E. Windscheid a. a. O. § 661. Brinz a. a. O. sub I. 4. Dernburg a. a. O. sub 3. Pescatore, Die s. g. alternative Obligation S. 92 ff.

ständen der eine oder der andere legirt ist[1], steht die Vermächtnißobligation unter den Grundsätzen über die alternativen Obligationen. Es gilt auch für sie der Grundsatz: jeder der mehreren Gegenstände ist in obligatione d. h. wird geschuldet[2], aber es ist nur einer in solutione d. h. die Erfüllung der Obligation erfolgt durch die Leistung eines der mehreren Gegenstände[3]. Zum Zweck der Erfüllung der Obligation ist also eine Wahl unter den mehreren Gegenständen erforderlich. Für das mit dem alternativen Legat verbundene Wahlrecht gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze wie für das Wahlrecht beim legatum generis (§ 127). Das Wahlrecht ist auch hier vererblich: stirbt der Legatar nach dem dies cedens, so geht es auf seine Erben über[4]. Das Wahlrecht geht auch hier durch einmalige gültige Ausübung unter[5], und die gültige Ausübung setzt auch hier die Agnition, und die Agnition die Delation des Vermächtnisses voraus. Wenn daher von den mehreren Gegenständen einer pure, der andere sub conditione vermacht ist, so kann schon der dies cedens und folgeweise der dies veniens vor der Erfüllung der Bedingung nicht eintreten[6], weil sie vor derselben nicht alternativ geschuldet werden können, und so lange dies unmöglich ist, das einzige Recht, welches das alternative Vermächtniß begründen soll[7], das Wahlrecht, ausgeschlossen ist[8]. Dieses Wahlrecht steht aber hier, wenn der Erb-

[1] l. 34 § 14 D. de leg. (30). l. 23 D. h. t. (31).

[2] Wenn daher das Vermächtniß auf einen Gegenstand erlischt z. B. durch casuellen Untergang, dauert es auf den andern fort, l. 11 § 1 D. de leg. (31), l. 84 § 11 D. de leg. (30). In diesem Sinne sagt Ulpian in l. 34 § 14 D. de leg. (30): duo esse legata.

[3] l. 84 § 9 D. de leg. (30).

[4] l. 19 D. de opt. v. elect. leg. (33. 5).

[5] l. 19 D. de leg. (31).

[6] Vgl. l. 14 pr. D. quando dies leg. (36. 2).

[7] Deßhalb heißt es in l. 25 pr. D. eod. (36. 2). Cum illud aut illud legetur . . . plura legata non facit: Das alternative Vermächtniß ist nur Ein Vermächtniß.

[8] l. 25 pr. D. h. t. (36. 2) . . . Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub conditione legaverit: nam pendente conditione non erit electio nec, si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur.

lasser es nicht anders bestimmte, nicht dem Onerirten, sondern dem Legatar zu[1], weil letztwillige Dispositionen benigne zu interpretiren sind.

6. Vermächtniß einer universitas*.

§ 131.

I. Das Vermächtniß einer Gesammtheit von Sachen, die der Erblasser unter einen Begriff zusammengefaßt und durch einen Collectivnamen bezeichnet hat (s. g. universitas rerum distantium)[2], ist Ein Vermächtniß[3]. Seinen Gegenstand bilden nicht die einzelnen Sachen, aus welchen das Begriffsganze zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses besteht, sofern sich nicht aus der Ausdrucksweise dieser Wille des Erblassers ergiebt[4], sondern die universitas, die immer dieselbe bleibt, wenn auch die Sachen, aus denen sie besteht, wechseln, sich vermehren oder vermindern[5]. Die universitas, wie sie beim Tode des Erblassers existirt, eventuell die einzige noch übrig gebliebene Sache[6], wird aus dem Vermächtniß geschuldet und mit dem dies veniens dem Legatar deferirt.

---

[1] l. 34 § 14 D. de leg. (30). l. 23 D. h. t. (31).

* D. 33. 7 de instructo vel instrumento legato. 33. 8 de peculio legato. 33. 9. de penu legata. 33. 10. de suppellectile legata 34. 2. de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis. Arndts a. a. O. S. 470 S. 481. v. Wangerow a. a. O. § 553. Windscheid a. a. O. § 654 sub 5, § 655 sub 1, § 659. Dernburg a. a. O. § 109 sub 2.

[2] z. B. das Vieh des Erblassers, sein Geld in einer bestimmten Kasse, seine Mobilien, l. 65 § 4. 5, l. 66, l. 81 § 2—5 D. de leg. (32), l. 30 § 6, l. 34 § 4, l. 51, l. 108 § 10 D. h. t. (30). l. 79 § 1 D. h. t. (32). Mobilien sind nicht identisch mit Mobiliarvermögen, Seuffert, Arch. Bd. 2, Nr. 360. Ueber die Ausdehnung des Begriffs der Beweglichkeit von Sachen auf das Vermögen, vgl. Puchta, Pand. § 36 Note b.

[3] l. 2 D. de leg. (31)

[4] l. 7, l. ult. D. de auro, arg. (34. 2).

[5] l. 21 D. de leg. (30). l. 28 D. quando dies leg. (36. 2).

[6] § 18 I. de leg. (2. 20). l. 22 D. h. t. (30). Nur das Legat des Nießbrauchs erlischt, wenn die zu einer universitas erforderliche Zahl nicht mehr existirt, l. ult. D. quib. mod. usufr. (7. 4).

Er kann deshalb nur das ganze Vermächtniß agnosciren oder repudiiren, Theilung ist unzulässig[1]. Welche Sachen der Erblasser unter der Collectivbezeichnung begriffen hat, muß im Zweifel durch Interpretation festgestellt werden. Von den dabei anzuwendenden Grundsätzen handeln die citirten Pandektentitel; bei den Entscheidungen, die sie enthalten, muß aber selbstverständlich geprüft werden, ob sie dem Geist der deutschen Sprache entsprechen. Ist eine Gesammtheit von Sachen nur als Accessorium einer andern vermacht, z. B. ein Landgut cum instrumento, so existiren zwei Vermächtnisse, aber mit dem Vermächtniß auf die Hauptsache erlischt auch das Vermächtniß auf die Accession[2].

II. Hat der Erblasser eine Rechtsgesammtheit vermacht, d. h. eine als Einheit gedachte Mehrheit von Rechten und Schulden (s. g. universitas iuris), so kommt in Betracht, ob diese universitas seine Erbschaft oder eine Quote derselben ist, oder aber eine andere Rechtsgesammtheit, z. B. eine fremde an den Erben gelangte Erbschaft oder ein Handelsgeschäft[3]. Im ersten Fall ist das Vermächtniß ein Universalvermächtniß, für welches besondere Grundsätze gelten (§ 137 ff.), im zweiten Fall ist es stets ein Singularvermächtniß[4]. Seinen Gegenstand bilden nur die Activa nach Abzug der Schulden; auf sie hat der Legatar die actio ex testamento gegen den Onerirten[5]. Es kommt also der Satz zur Anwendung: non plus est in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno[6]. Demgemäß erfolgt die Gewährung des Vermächtnisses nach gleichen Grundsätzen wie die Gewährung der vom Erben veräußerten acquirirten Erbschaft (§ 45).

---

[1] l. 6 D. de leg. (31). Vgl. § 114 sub 4 a. E.

[2] l. 1 pr. § 1 D. de instr. (33. 7). l. 1—3 D. de pec. leg. (33. 8).

[3] l. 18 (17) § 2, l. 28 (27) § 9. 10 D. ad SC. Treb. (36. 1).

[4] Die römische Ausnahme für das Soldatentestament, l. 16 § 6 D. eod. (36. 1) ist heute nach dem Reichs-Militärgesetz vom 2. Mai 1874 weggefallen.

[5] l. 43 D. de usu et usufr. (33. 2). l. 69 D. ad. leg. Falc. (35. 2). Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 18.

[6] Ueber diesen Satz vgl. § 1 S. 41.

Hat der Erblasser den Nießbrauch an seiner Erbschaft[1] oder an einer anderen Rechtsgesammtheit vermacht, so bildet den Gegenstand des Vermächtnisses auch nur der Nießbrauch an den Activen nach Abzug der Schulden. Wo der Nießbrauch an einem aliquoten Theil des Vermögens vermacht ist, kann der onerirte Erbe nach seiner Wahl den ususfructus auch an dem Geldwerth dieses Theils leisten[2]; und wenn untheilbare Sachen im Vermögen sind, muß die Aestimation prästirt werden[3].

7. Vermächtniß einer dos*.

§ 132.

Eine dos kann in verschiedener Weise Gegenstand eines Vermächtnisses sein:

1. Durch ein Vermächtniß kann einem Manne für seine Frau eine dos hinterlassen und dadurch bestellt werden: legatum dotis constituendae. Darin liegt zugleich ein Vermächtniß für die Frau, weil ihr die Dotirung vortheilhaft ist. Hat der Erblasser das Vermächtniß nicht ausdrücklich unter der Bedingung der künftigen Ehe angeordnet, so kann es schon vor Eingehung der Ehe vom Manne gefordert gegen cautio de restituendo für den Fall, daß sie nicht geschlossen werden sollte. Durch Nichteingehung der Ehe erlischt das Vermächtniß, sofern sie nicht vom Manne verschuldet ist: hier erhält das Vermächtniß die Frau, wie wenn die Ehe geschlossen und getrennt wäre[4].

2. Durch ein Vermächtniß kann auch einer Frau eine dos hinterlassen werden. Dies ist keine constitutio dotis, weil sie eine Vermögensvermehrung für den Mann voraussetzt. Die Intention des Erblassers bei einem solchen Vermächtniß kann eine doppelte sein: er will ihr den vermachten Gegenstand mit dem modus hinterlassen, ihn als dos zu verwenden, oder er will ihr eine Forderung

[1] Vgl. l. 34 § 2 D. de usufr. (7. 1). l. 37 D. de usu et usufr. (33. 2).
[2] l. 32 § 8 D. de usu et usufr. (33. 2).
[3] l. 26 § 2 D. de leg. (30). Brinz, a. a. O. § 415 Note 50. Windscheid a. a. O. § 659 Note 5.
* Arndts a. a. O. S. 482.
[4] l. 71 § 3 D. de condit. 35. 1).

gegen den Onerirten geben, auf Bestellung einer dos an den künftigen Ehemann. Ist dabei die Größe der dos vom Erblasser nicht bestimmt, so muß sie nach dem arbitrium boni viri festgestellt werden[1].

3. Durch ein Vermächtniß kann der Ehemann seiner Frau die ihr schuldige dos hinterlassen: dos praelegata oder relegata[2]. Dies ist ein debitum legatum oder Schuldvermächtniß (§ 136. 2), weil die Erben des Mannes schon nach Rechtsvorschrift zur restitutio dotis an die Frau verpflichtet sind. Gleichwohl ist das Vermächtniß gültig, weil es eine umfassendere Wirkung hat, als die Klage auf die Rückgabe der Dos[3]. Wenn der Ehemann die vermachte Dos nicht empfangen hat, so kommt in Betracht, ob er den Gegenstand, der als Dos restituirt werden soll, näher bezeichnet hat oder nicht. Im letzten Fall und wenn die Schuld auf die dos schon erloschen war, ist es ungültig[4], im ersten besteht es auf den angegebenen Dotalgegenstand, obwohl er dies nicht ist[5]. Wo es besteht, verbinden sich mit ihm folgende Vortheile: die gesetzliche Restitutionsfrist ist für die Erben des Mannes ausgeschlossen, sie müssen die dos sofort restituiren[6] und haben kein Retentionsrecht an der dos wegen ihrer Gegenansprüche, soweit sie nicht auf Ersatz der impensae necessariae gehen[7].

4. Durch ein Vermächtniß kann die Frau ihre Forderung auf restitutio dotis ihren Erben entziehen und anderen Personen zuwenden. Hier ist das Vermächtniß ein legatum nominis (§ 136. 1).

5. Durch ein Vermächtniß kann die dos dem Ehemanne von dem zugewandt werden, dem er zur restitutio dotis verpflichtet ist:

---

[1] l. 77 § 9 D. de leg. (31). l. 43 D. h. t. (32).

[2] D. 33. 4 de dote praelegata (s. relegata). Arndts Civil. Schriften Bd. 2 S. 554 ff. Windscheid a. a. O. § 658 a. E.

[3] § 15 I. de leg. (2. 20).

[4] l. 15 § 3 D. de leg. praest. (37. 5). l. 1 pr. § 5 D. h. t. (33. 4). l. 1 § 6. 7. l. 16 D. eod.

[5] l. 1 § 8, l. 6 D. h. t. (33. 4). l. 40 § 4 D. de condit. (35. 1). c. 3. 5 C. de falsa causa adi. (6. 44).

[6] l. 1 § 2 D. h. t. (33. 4).

[7] l. 1 § 3. 4 D. h. t.

von seiner Frau oder bei der dos recepticia von dem Besteller der dos. Hier ist das Vermächtniß eine liberatio legata (§ 136. 3), welche den Ehemann von seiner Schuld befreit[1].

8. Vermächtniß einer Rente*.

§ 133.

Ein Rentenvermächtniß ist ein Vermächtniß, aus welchem bestimmte Summen oder Quantitäten nach gewissen Zeitfristen (jährlich, monatlich, wöchentlich) von Neuem vom Onerirten gezahlt werden sollen. Dasselbe ist nicht Ein Vermächtniß, sondern theilt sich in so viele einzelne Vermächtnisse, als sich einzelne Zahlungstermine ergeben[2]. Der dies cedens, den der Legatar erleben muß (§ 113), tritt für jedes einzelne Vermächtniß nicht mit dem Ende, sondern mit dem Anfang der gesetzten Zeitfrist (des Jahres, des Monats) ein[3], wenn der Erblasser es nicht anders bestimmt hat, während der dies veniens das Ende der Zeitfrist sein kann, sofern nicht, was vermuthet wird, die Zahlung der Rente praenumerando verfügt ist[4]. Stirbt der Legatar vor dem dies cedens, so bleibt die fragliche Rente beim Onerirten[5].

Die Rente kann auf jede beliebige Zeit vermacht werden[6]. Im Zweifel ist sie auf die Lebenszeit des Legatars vermacht[7]. Der Uebergang auf die Erben setzt besondere Anordnung voraus;

---

[1] l. 3 pr. D. de lib. leg. (34. 3).

* D. 33. 1 de annuis legatis et fideicommissis. Arndts a. a. O. S. 471 ff. Windscheid a. a. O. § 660 sub 1. Brinz a. a. O. § 415 sub 2. b. Dernburg a. a. O. § 111 sub 2. a.

[2] l. 11 D. h. t. (33. 1) Cum in annos singulos legatur, plura legata esse placet et per singula legata ius capiendi inspicietur.

[3] l. 8 D. h. t. . . . quod in ingressu cuiuslibet anni si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquit. l. 4. 5 D. h. t. l. 10—12 pr. § 1—4 quando dies leg. (36. 2).

[4] c. 1 C. quando dies leg. (6. 53).

[5] l. 4 D. h. t. . . . . primi anni purum, sequentium conditionale: videri enim hauc inesse conditionem „si vivat“ et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

[6] l. 20 D. quando dies leg. (36. 2).

[7] l. 10 D. de cap. dem. (4. 5).

wo sie vorliegt, sind unter den Erben nicht blos die unmittelbaren Erben des Legatars zu verstehen, sondern auch seine Erbeserben, so daß die Rente eine ewige sein kann[1].

Besteht die Rente in den Einkünften von einer bestimmten Sache (Landgut, Haus), so hat der Legatar auch nur eine Forderung gegen den Onerirten, auf diese Einkünfte, kein Recht an der Sache. Der Onerirte kann frei über die Sache verfügen; vermindert er die Einkünfte durch seine Verfügungen, so hat der Legatar gegen ihn die actio ex testamento auf Ersatz[2].

Kein Rentenvermächtniß ist selbstverständlich das Vermächtniß einer Summe oder Quantität, die in Theilzahlungen an bestimmten Terminen geleistet werden soll. Hier existirt nur Ein Vermächtniß, für welches der dies cedens mit dem Tode des Erblassers eintritt; es vererbt sich also, wenn der Legatar diesen erlebt hat, aber vor dem Eintritt der einzelnen Zahlungstermine gestorben ist[3].

9. Vermächtniß von Alimenten*.

§ 134.

Ein Alimentenvermächtniß ist ein Rentenvermächtniß, aus welchem dem Honorirten terminlich die zu seiner leiblichen Existenz erforderlichen Mittel geleistet werden sollen: Nahrung, Kleidung und Wohnung oder das dazu erforderliche Geld, aber Erziehungskosten nur, wenn ersichtlich der Wille des Erblassers auch auf sie gerichtet ist[4]. Es theilt sich in so viele einzelne Vermächtnisse, als sich Zahlungstermine ergeben (§ 133)[5]. Der Betrag der Alimente

---

[1] c. 22 C. de leg. (6. 37). l. 65 D. de V. S. (50. 16).

[2] l. 38 D. de usu et usufr. (33. 2). l. 22. 25 D. eod.

[3] l. 12 § 4, l. 20, l. 26 D. quando dies leg. (36. 2). l. 3 D. h. t. (33. 1).

* D. 34. 1 de alimentis et cibariis legatis. Arndts a. a. O. S. 473 ff. Windscheid, a. a. O. § 660 sub 2. Brinz, a. a. O. § 415 sub I. 2. b. Dernburg a. a. O. § 111 sub 2. b.

[4] l. 6. 7. D. h. t. (34. 1). l. 23 D. eod. Der Erblasser kann selbstverständlich das Vermächtniß auch auf ein bestimmtes Lebensbedürfniß beschränken l. 21 D. eod.

[5] l. 20 D. quando dies leg. (36. 2). Vgl. l. 26 § 2 D. eod.

wird, wenn der Erblasser ihn nicht festgestellt hat, durch richterliches Ermessen bestimmt: nach dem Betrage, den der Erblasser bei Lebzeiten zu geben pflegte, oder nach seinem Vermögen, oder nach den persönlichen Verhältnissen des Legatars[1]. Ist der Betrag vermacht, den der Erblasser bei Lebzeiten zu geben pflegte, so ist der Betrag maßgebend, den er das letzte Mal vor seinem Tode gegeben hat[2]. Ist der Betrag vom Erblasser auf eine bestimmte Summe aus den Einkünften einer gewissen Sache festgesetzt, so muß der Onerirte diese Summe leisten, auch wenn sie durch die Einkünfte nicht erreicht wird[3]. Die Leistungspflicht aus dem Alimentenvermächtniß kann auf eine bestimmte Zeit oder auf die Zeit der Dürftigkeit vom Erblasser beschränkt werden, eventuell erstreckt sie sich auf die Lebenszeit des Legatars; mit dem Tode desselben endigt sie[4].

Mit dem Alimentenvermächtniß verbinden sich folgende Begünstigungen: a) es kann auch einer erbunfähigen Person hinterlassen werden[5]; b) bis zur Mündigkeit legirte Alimente müssen dem Honorirten bis zum achtzehnten bzw. bis zum vierzehnten Lebensjahre (s. g. plena pubertas) geleistet werden[6]; c) der mit einem Alimentenvermächtniß Onerirte, dem vom Erben die Quarta Falcidia abgezogen ist, kann von jenem Vermächtniß nicht einen verhältnißmäßigen Abzug machen[7]; d) der allgemeine Widerruf der vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse wird auf das Alimentenvermächtniß nicht bezogen[8]; e) Vergleiche über legirte Alimente bedürfen der gerichtlichen Bestätigung, sonst sind sie für den Legatar unverbindlich[9].

---

[1] l. 22 pr. D. h. t. (34. 1). l. 14 D. de ann. leg. (33. 1).
[2] l. 14 § 2 D. h. t. (34. 1).
[3] l. 12 D. h. t. (34. 1).
[4] l. 14 pr. D. h. t. (34. 1). l. 8 § 10 D. de transact. (2. 15).
[5] l. 11 D. h. t. (34. 1). l. 3 pr. de his quae pro non script. (34. 8).
[6] l. 14 § 1 D. h. t. (34. 1).
[7] l. 77 § 1 D. de leg. (31).
[8] l. 18 § 3 D. h. t. (34. 1).
[9] Vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 414 Note 11.

10. Vermächtniß von iura in re*.

§ 135.

Iura in re können in mannigfaltiger Weise Gegenstand eines Vermächtnisses sein:

1. Der Erblasser kann an seiner eigenen Sache ein ius in re vermachen (Emphyteusis, Superficies[1], Servituten[2], Pfandrecht[3]) und ebenso auch ein ihm selbst zustehendes veräußerliches ius in re[4]. In beiden Fällen kommen die Grundsätze des Eigenthumsvermächtnisses (§ 126) zur Anwendung: der Legatar erwirbt durch die Agnition ipso iure das dingliche Recht ex die aditae hereditatis[5].

2. Der Erblasser kann an fremden Sachen iura in re vermachen. Gehört die Sache dem Onerirten, so entsteht ein Forderungsvermächtniß auf Bestellung des ius in re. Gehört die Sache einem Dritten, so entsteht nach Analogie des Eigenthumsvermächtnisses, wenn der Erblasser dies gewußt hat, ein Forderungsrecht auf Verschaffung des ius in re, eventuell auf den Werth; hat er es nicht gewußt, so ist das Vermächtniß ungültig[6].

3. Der Erblasser kann ein veräußerliches dingliches Recht des Onerirten vermachen. Hier ist das Vermächtniß ein Forderungsvermächtniß auf Uebertragung des ius in re: das dingliche Recht geht durch die Agnition weder ipso iure auf den Legatar über noch mit rückwirkender Kraft ex die aditae hereditatis[7].

---

* D. 33. 2. de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis. 33. 3. de servitute legata. D. 7. 2. de usufructu accrescendo. 7. 3 quando dies usufructus legati cedat. Arndts a. a. O. S. 475 ff. Windscheid a. a. O. § 656. Brinz a. a. O. § 415 sub II.

[1] Windscheid a. a. O. Bd. 1 § 221 Note 4, § 223 Note 12.

[2] § 4 I. de servit. (2. 3).

[3] c. 1 C. comm. de leg. (6. 43). . licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare. l. 26 pr. D. de pignor. (13. 7).

[4] l. 1 § 7 D. de superf. (43. 18). l. 71 § 6 D. de leg. (30).

[5] c. 1 C. commun. de leg. (6. 43). § 2 I. de leg. (2. 20).

[6] l. 3 pr. D. de usufr. (7. 1). l. 13 D. eod. Vgl. § 126 sub IV (S. 787).

[7] Wie beim Eigenthumsvermächtniß einer Sache des Onerirten, § 126 sub II (S. 786), vgl. c. 9 C. de testam. manum. (7. 2).

4. Der Erblasser kann ein ihm an der Sache des Legatars zustehendes Recht durch Vermächtniß erlassen, sofern dasselbe nicht schon durch seinen Tod untergeht: z. B. der Servitutberechtigte die Prädialservitut dem Eigenthümer des praedium serviens, oder der Pfandgläubiger sein Pfandrecht dem Verpfänder. Hier geht dieses dingliche Recht durch die Agnition des Vermächtnisses ipso iure unter[1]. Dagegen entsteht ein Forderungsvermächtniß, wenn dem Onerirten auferlegt ist, ein ihm zustehendes dingliches Recht dem Legatar zu erlassen, oder das einem Dritten zustehende dingliche Recht abzulösen[2].

5. Durch ein Vermächtniß kann ein ius in re auch in der Weise begründet werden, daß der Erblasser bei dem Vermächtniß einer Sache dem Onerirten ein ius in re an derselben vorbehält[3], oder daß er Einem die Sache, einem Andern ein ius in re an derselben vermacht[4].

Für das Vermächtniß persönlicher Servituten gelten folgende Vorschriften: a) der dies cedens tritt wegen der Unvererblichkeit des Vermächtnisses nicht mit dem Tode des Erblassers, sondern erst mit dem Erbschaftsantritt ein, und wenn eine conditio oder ein dies hinzugefügt ist, erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins, sofern dieser nicht schon vor dem Erbschaftsantritt erfolgt ist (§ 113); b) das Vermächtniß einer Personalservitut für verschiedene Zeitfristen (Jahre, Monate, alternis annis) theilt sich wie das Rentenvermächtniß (§ 133) in mehrere Vermächtnisse: der Verlust des Rechts für eine Zeitfrist schließt den Erwerb für eine andere nicht aus[5]; c) die ausdrücklich auf Lebenszeit vermachte Personalservitut gilt für den Fall des Verlustes (z. B. durch non usus) nach dem präsumtiven Willen des Erblassers als

---

[1] l. 86 § 4 D. de leg. (30). l. 71 § 5 D. eod.

[2] Vgl. § 126 sub I a. E. (S. 785.)

[3] c. 14 C. de usufr. (3. 33).

[4] l. 19 D. de usu et usufr. (33. 2).

[5] l. 1 pr. D. quando dies ususfr. (7. 3). l. 1 § 3, l. 2 D. quib. mod. ususfr. (7. 4). l. 11. 13 D. de usu et usufr. (33. 2). l. 8 D. de ann. leg. (33. 1).

abermals vermacht[1]; d) ist einer Person eine Sache schlechthin, einer andern der ususfructus vermacht, so wird der Nießbrauch beiden gemeinschaftlich[2], auch wenn eine widersprechende Absicht des Erblassers vorliegt[3].

11. Vermächtniß in Beziehung auf Obligationen*.

§ 136.

Die Vermächtnisse, welche sich auf Obligationen beziehen, sind das s. g. nomen legatum oder legatum nominis das s. g. debitum legatum oder legatum debiti und die liberatio legata oder das legatum liberationis.

1. Das legatum nominis ist das Vermächtniß einer Forderung: einer Forderung des Erblassers oder einer fremden Forderung. Im ersten Fall geht die Forderung mit ihren Accessionen durch die Agnition ipso iure auf den Legatar über[4], im zweiten wird der Onerirte obligirt, dem Legatar die Forderung zu verschaffen, oder eventuell ihren Werth nach Analogie der Vorschriften für das Vermächtniß fremder Sachen oder fremder dinglicher Rechte (§ 126 sub IV, § 135 sub 2. 3). Existirt die Forderung nicht, so ist das Vermächtniß ungültig: der Legatar kann nicht den Gegenstand

---

[1] l. 3 pr. l. 5 pr. D. quib. mod. ususfr. (7. 4).

[2] l. 6 pr. D. de usufr. ear. rer. (7. 5). l. 26 § 1 D. de usu et usufr. (33. 2). l. 9 D. de usufr. accr. (7. 2). § 1. I. de usufr. (2. 4).

[3] l. 19 D. de usu et usufr. (33. 2) Modest. . . . . interdum plus valet scriptura, quam peractum sit. Diese Entscheidung hat wohl ihren Grund in dem Grundsatz der benigna interpretatio (S. 463), welche die nicht erklärte widersprechende Absicht ausschließt. Vgl. über die Stelle Windscheid, a. a. O. § 656 Note 6 und die hier Citirten.

* Arndts a. a. O. S. 477 ff. v. Vangerow a. a. O. § 555. Windscheid a. a. O. § 657. 658. Brinz a. a. O. § 415 sub III S. 325 ff. Dernburg a. a. O. § 112. H. Krüger, Ueber Vermächtnisse von Forderungen. Greifsw. Inaug.-Dissert. 1883.

[4] Auf dem Wege der Cession: er hat nicht blos den Anspruch auf Abtretung der Klage, sondern auch ipso iure die Klage selbst als actio utilis im eigenen Namen, c. 18 C. de leg. (6. 37). l. 44 § 6, l. 105 D. de leg. (30.)

fordern, der nach Angabe des Erblassers aus der Forderung geschuldet werde, sofern nicht in der That der Gegenstand vermacht und der Hinweis auf die Forderung nur eine falsa demonstratio ist[1]. Ist die vermachte Forderung untergegangen durch Zahlung an den Erben, so muß dieser das Empfangene leisten[2]; ebenso wenn sie schon untergegangen ist durch Zahlung an den Erblasser[3], falls sich mit derselben nicht Umstände verbinden, aus welchen sich ein Widerruf des Vermächtnisses ergiebt[4]. Sonst bewirkt überall der Untergang der Forderung den Untergang des Vermächtnisses[5]. Das Vermächtniß des Schuldscheins schließt das Vermächtniß der Forderung in sich[6]. Rückständige Zinsen gelten als mit vermacht[7]. Für die Solvenz des Schuldners haftet der Onerirte nicht[8].

2. Das legatum debiti oder Schuldvermächtniß ist das Vermächtniß, durch welches der Erblasser einem Gläubiger das legirt, was ihm geschuldet wird: das, was er selbst seinem Gläubiger schuldet oder das, was dem Legatar ein Anderer schuldet. Im letzten Fall haftet der Onerirte als Solidarschuldner neben dem Hauptschuldner[9]. Die Gültigkeit des Vermächtnisses setzt voraus, daß es dem Gläubiger mehr gewährt, als ihm schon aus seiner Forderung

---

[1] l. 75 § 1. 2 D. de leg. (30). l. 25 D. de liber. leg. (34. 3). l. 96 pr. D. de leg. (30). v. Bangerow a. a. O. Ueber den Fall, wo ein Gläubiger einen der ihm alternativ geschuldeten Gegenstände vermacht hat, oder den einen dem A, den andern dem B, vgl. l. 50 § 1 D. de leg. (31). l. 75 § 4 D. h. t. (30). l. 76 D. eod. Arndts a. a. O. S. 478. Windscheid, a. a. O. § 657 Note 4. Krüger a. a. O. und über die gleiche Entscheidung für den Fall einer passiven Correalobligation l. 82 § 5 D. h. t. (30), l. 13 pr. D. h. t. (31), Fitting, Natur der Correalobligationen S. 158 ff., S. 183 ff. Krüger a. a. O. S. 9 ff. Seuffert, Arch. Bd. 47 Nr. 124.

[2] l. 21 § 2 D. de lib. leg. (34. 3).

[3] l. 11 § 13 D. de leg. (32).

[4] l. 31 § 3 D. de adim. leg. (34. 4). § 21 I. de leg. (2. 20).

[5] l. 82 § 5 D. de leg. (30). l. 21 pr. § 1 D. de lib. leg. (34. 3).

[6] l. 44 § 5 D. de leg. (30).

[7] l. 34 pr. D. de leg. (32). Seuffert Arch. Bd. 15 Nr. 145.

[8] l. 22 § 3 D. ad. leg. Falc. (35. 2).

[9] Vgl. v. Jhering, Jahrbb. f. Dogm. Bd. 24 S. 135.

zukommt, ſonſt wäre es keine donatio, ohne die es kein Vermächtniß giebt (§ 107)[1]. Mehr gewährt es ihm aber durch jeden Vortheil, der nicht ſchon mit der Forderung verbunden iſt, alſo nicht blos, wenn etwa eine bedingte oder betagte Schuld als unbedingte oder unbetagte legirt oder dem Schuldner die zuſtehende exceptio erlaſſen iſt[2], ſondern auch wenn nur für die Forderung die mit dem Vermächtniß nach Rechtsvorſchrift verbundene Sicherſtellung (S. 744 sub 3) nicht exiſtirt[3]. Hier hat überall der Gläubiger nach ſeiner Wahl die actio in personam aus der Forderung oder die actio legatorum: die Befriedigung aus der einen hebt die andere auf, aber das abſolutoriſche Erkenntniß für eine der beiden Klagen ſteht der anderen nicht entgegen, weil nicht ex eadem causa geklagt wird.

Exiſtirt die vermachte Schuld nicht, während der Erblaſſer ſie aus Irrthum als eine beſtehende anſah, ſo iſt das Vermächtniß nach allgemeinen Grundſätzen ungültig[4]. Wußte er, daß ſie nicht exiſtirte, ſo kommt in Betracht, ob er ſchlechthin die Schuld vermacht hat ohne Angabe ihres Gegenſtandes, oder ob er den Gegenſtand oder Betrag genau angegeben hat: im erſten Fall iſt das Vermächtniß ungültig, weil nicht erhellt, was oder wie viel

---

[1] § 14 I. de leg. (2. 20) . . . inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito. l. 11 pr. D. de liber. leg. (34. 3). si nihil interesset creditoris. l. 29 D. de leg. (30). Andere Stellen bei Windſcheid, a. a. O. § 658 Note 2.

[2] l. 13 l. 14 D. de liber. leg. (34. 3).

[3] Einen in beſtimmten Zahlen auszudrückenden Vortheil, wie ihn nach Dernburg a. a. O. sub 3 das römiſche Recht vorausſetzen ſoll, forderte daſſelbe in der That nicht, l. 28 pr. D. de leg. (30). Dies will wohl Windſcheid a. a. O. in der etwas unklar gefaßten Note 2 ſagen, vgl. über dieſelbe Dernburg a. a. O. Note 17. Das legatum debiti iſt daher gültig, wenn es auch keine weiteren Vortheile gewährt, als die, welche ſich an das Vermächtniß als ſolches knüpfen, Marcellus erklärt ſich deßhalb in der l. 28 § 1 D. de leg. (30) ſchlechthin für die Gültigkeit des legatum debiti, vgl. Arndts a. a. O. Eine Abänderung des römiſchen Rechts durch das einheimiſche hat nicht ſtattgefunden. A. M. Hartmann im Arch. f. civ. Pr. Bd. 70 S. 176 ff., Dernburg a. a. O. und die bei Windſcheid in der Note 2 Citirten.

[4] l. 25 i. f. D. de lib. leg. (34. 3). Dernburg a. a. O. sub 3. a.

vermacht ist, im zweiten Fall ist es gültig, nicht als Schuldvermächtniß, aber als Vermächtniß einer Sache oder Summe unter einer falsa demonstratio, die unschädlich ist[1].

Ein Vermächtniß des Schuldners an seinen Gläubiger begründet nicht die Präsumtion, daß es als Zahlung der Schuld gelten soll: der Legatar kann daher neben seiner ursprünglichen Forderung das Legat einziehen[2].

3. Das legatum liberationis[3] ist das Vermächtniß, durch welches der Legatar von einer Schuld befreit werden soll: von einer Schuld an den Erblasser[4] oder an den Erben oder an einen Dritten[5]. Die Anordnung eines solchen Vermächtnisses liegt auch in der Erklärung des Erblassers, daß die Schuld an ihn getilgt sei, oder daß der Erbe die Forderung gegen seinen Debitor nicht geltend machen solle[6]. Ist der Gläubiger der Erblasser oder der Erbe, so tritt die Befreiung ipso iure mit der Agnition ein[7], und der Legatar kann mit der Vermächtnißklage eine Quittung, Herausgabe des Schuldscheins und Löschung im Grundbuch fordern[8]. Ist der Gläubiger ein Dritter, so begründet das Vermächtniß ein Forderungsrecht gegen den Onerirten auf Befreiung

---

[1] l. 75 § 1 D. de leg. (30). l. 88 § 10 D. h. t. (31). l. 25 i. f. D. de lib. leg. (34. 3). l. 28 D. eod. c. 2 C. de falsa causa (6. 44). Diese Stellen setzen voraus, daß der Erblasser die Nichtexistenz der Schuld kannte. Deßhalb bedarf die Gültigkeit des Vermächtnisses keiner weiteren Begründung, wie sie von Windscheid a. a. O. Note 3 und von den von ihm Citirten in verschiedener Weise gemacht wird, weil sie die Stellen auch auf den Fall beziehen, wo sich der Erblasser im Irrthum über die Existenz der Schuld befand. Vgl. dagegen Dernburg a. a. O. sub 3. c. Note 22 und über die dos praelegata § 132 sub 3.

[2] l. 85 D. de leg. (31).

[3] D. 34. 3 de liberatione legata.

[4] § 13 I. de leg. (2. 20). l. 3 § 3, l. 7 § 1, l. 22, l. 25 D. h. t. (34. 3). c. 17 C. de fideic. (6. 42).

[5] l. 8 pr. l. 11, l. 24 D. h. t. (34. 3), l. 2 § 1 D. eod.

[6] l. 25 D. h. t. (34. 3).

[7] Nach röm. Recht erhält der Schuldner eine exceptio oder einen Anspruch auf acceptilatio, l. 3 § 3, l. 22 D. h. t. (34. 3).

[8] Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 275. Windscheid a. a. O. § 657 Note 9.

durch die dazu erforderlichen Verhandlungen mit dem Gläubiger, eventuell durch Zahlung an ihn. Ueber den Umfang der Befreiung entscheidet der Wille des Erblassers[1], der blos auf theilweise Aufhebung[2] gerichtet sein oder anderweitige Beschränkungen angeordnet haben[3] kann: z. B. daß die Schuld bei Lebzeiten des Schuldners nicht eingezogen werden soll[4]. Hier ist zunächst blos Stundung der Schuld vermacht. Der Schuldner hat bis zum Ablauf der Stundung eine exceptio gegen die Forderung und während der Stundungsfrist keine Zinsen zu zahlen; die Befreiung tritt erst für seinen Erben ein[5]. Ungültig ist das Vermächtniß, wenn die Schuld, von welcher der Schuldner befreit werden soll, beim Tode des Erblassers untergegangen[6] oder ungültig ist[7]. Der Legatar kann hier nicht den vom Erblasser angegebenen angeblichen Schuldgegenstand fordern, weil dieser nicht vermacht ist, sondern die Befreiung von der Schuld, die deren Existenz voraussetzt; daher liegt hier keine bloße falsa demonstratio vor[8].

II. Das Universalvermächtniß*.

1. Errichtung**.

§ 137.

Ein Universalvermächtniß (fideicommissum hereditatis oder fideicommissaria hereditas) wird errichtet durch die Auflage des Erblassers an seinen Universalsuccessor, die Erbschaft ganz oder zu

[1] l. 46 D. de leg. (31). l. 28 § 1, l. 31 D. h. t. (34. 3).

[2] l. 7 pr. D. h. t. (34. 3).

[3] Die Befreiung des Bürgen befreit den Hauptschuldner nicht, l. 2 pr. D. h. t. (34. 3). Ueber die Befreiung eines Correalschuldners vgl. l. 3 § 3. D. eod.

[4] § 13 l. de leg. (2. 20).

[5] l. 20 pr. D. h. t. (34. 3). l. 8 § 1. 2. D. eod.

[6] l. 21 pr. D. h. t. (34. 3).

[7] l. 13 D. eod.

[8] l. 75 § 2 D. de leg. (30). Dasselbe ergiebt sich aus l. 25 D. h. t. (34. 3), vgl. Dernburg a. a. O. Note 15. Darüber herrscht aber Streit, vgl. v. Bangerow a. a. O. § 555. Windscheid a. a. O. Note 11.

* I. 2. 23 de fideicommissariis hereditatibus. D. 36. 1. C. 6. 49 ad

einer Quote an einen Andern mit der Wirkung der Universalsuccession[1] herauszugeben. Daher gelten zunächst folgende Grundsätze:

1. Gegenstand eines Universalvermächtnisses kann nur die Erbschaft des Erblassers sein und nur die Erbschaft als universitas, welche seine activen und passiven Vermögensbestandtheile begreift (§ 1). Diesen Gegenstand hat das Vermächtniß auch dann, wenn dem Erben die Auflage gemacht ist, kein Testament zu errichten[2], oder eine bestimmte Person zum Erben einzusetzen[3], oder die Erbschaft mit einer anderen Person zu theilen[4], oder sich mit bestimmten Vermögensstücken zu begnügen[5]. Dort enthält diese Auflage ein Universalvermächtniß zu Gunsten der Intestaterben des Erben, hier bzw. zu Gunsten der bezeichneten Person, der Miterben oder Intestaterben. Eine solche Auflage liegt ferner auch vor, wo sich auf Grund der Codicillarclausel eine Erbeinsetzung in ein Vermächtniß umwandelt (S. 773 sub 6), und wo der Universalvermächtnißnehmer selbst die Erbschaft an einen Andern herausgeben soll[6]. Dagegen hat das Vermächtniß diesen Gegenstand nicht, wenn dem

---

senatusconsultum Trebellianum. Ueber die geschichtliche Entwickelung des Universalvermächtnisses vgl. mein System S. 90 ff. und Windscheid a. a. O. § 662 Note 1.

** Arndts, Pand. § 580. 581. Windscheid a. a. O. § 663. Brinz a. a. O. § 430. Dernburg a. a. O. § 119.

[1] ex Scto Trebelliano, l. 1 § 1. 2. D. h. t. (36. 1).

[2] l. 74 pr. D. h. t. (36. 1). l. 77 § 24 D. de leg. (31).

[3] l. 16 (17) pr. D. h. (36. 1). l. 77 § 25, l. 88 § 16 D. de leg. (31).

[4] l. 78 pr. D. h. t. (36. 1). Nach altem Recht war diese Anordnung eine legati partitio, aus welcher der legatarius partiarius nicht Universalsuccessor wurde, sondern vom Erben mit Zahlung der Aestimation seines Antheils abgefunden werden konnte, Gaius II. 254. § 5 I. h. t. (2. 23), l. 26 § 2 D. de leg. (30). l. 22 § 5 D. h. t. (36. 1). Daß der Erblasser auch heute noch, wenn er es will, die Anordnung mit dieser Wirkung treffen und das S. C. Treb. ausschließen kann, ist die herrschende Ansicht, Arndts a. a. O. § 580 Anm. 2, v. Bangerow a. a. O. § 556 Anm. a. E. Windscheid a. a. O. § 662 Anm. 1 a. E., Dernburg a. a. O. Note 6. A. M. Puchta Vorl. Bd. 2 § 553, Brinz a. a. O. Note 13, weil das SC. Treb. dem ius cogens angehöre.

[5] l. 69 pr. D. de leg. (31).

[6] l. 1 § 8 D. h. t. (36. 1).

Erben auferlegt ist, eine fremde von ihm erworbene Erbschaft an einen Andern herauszugeben[1]. Hier sind nur die Activa nach Abzug der Schulden vermacht, weil die mit dem Vermögen des Erben vereinigte Erbschaft nicht mehr als universitas aus demselben zum Nachtheil der Gläubiger ausgeschieden werden kann[2]. Ein solches Vermächtniß ist daher ein Singularvermächtniß (S. 793). Aber die Auflage, eine vom Erblasser erworbene Erbschaft aus seinem Nachlaß zu restituiren, ist ein Universalvermächtniß[3].

2. Der Onerirte für ein Universalvermächtniß kann also nur ein Universalsuccessor sein: der Intestaterbe, der Testamentserbe, der Universalvermächtnißnehmer selbst durch substitutio fideicommissaria (§ 112) und der Fiscus[4].

3. Der Honorirte kann nur eine Person sein, die mit einem Singularvermächtniß gültig bedacht werden kann (S. 701 sub III). Er heißt heres fideicommissarius oder indirectus, und ist heredis loco, weil er die vermachte Erbschaft ex SCto Trebelliano als Universalsuccessor erwirbt: der onerirte Erbe heißt heres fiduciarius oder directus (Einleit. S. 21).

4. Die Form für die Errichtung des Universalvermächtnisses ist die Form der Singularvermächtnisse: Testament, Codicill und Oralfideicommiß (§ 109). Auch der Widerruf erfolgt in gleicher Weise (§ 125)[5].

Wie dem Singularvermächtniß können auch dem Universalvermächtniß Nebenbestimmungen mit gleicher Wirkung hinzugefügt werden: conditio, dies, Voraussetzung, modus (§ 113). Hat ein Ascendent seinem Descendenten die Auflage gemacht, daß er die Erbschaft als Universalvermächtniß herausgeben soll, so

---

[1] l. 17 (16) § 6 D. h. t. (36. 1). Der voraufgehende § 5 sagt das Gegentheil; über Emendationen, vgl. Mommsen in seiner Ausgabe und Dernburg a. a. O. Note 5 und über eine vereinigende Auslegung v. Bangerow a. a. O. § 558 Anm. 1 sub I und die Literatur bei Windscheid a. a. O. § 663 Note 4.

[2] Dernburg a. a. O.

[3] l. 28 (27) § 8. 9. 10 D. h. t.

[4] § 10. 11 I. h. t. (2. 23). l. 114 § 2 D. de leg. (30).

[5] § 12 I. h. t. (2. 23). l. 3 § 11 D. de adim. (34. 4).

wird als stillschweigend gewollte Bedingung angenommen, daß der Descendent ohne Kinder verstirbt[1].

Solvenz der Erbschaft setzt nur die Gültigkeit der Singularvermächtnisse voraus, das Universalvermächtniß nicht[2].

2. Erwerb*.

§ 138.

Das Universalvermächtniß begründet wie das Singularvermächtniß eine Obligation zwischen dem Fiduciar und dem Fideicommissar, aus welcher jener diesem auf Restitution der vermachten Erbschaft verpflichtet ist. Diese Obligation entsteht, wie die Obligation aus dem Singularvermächtniß, ipso iure mit dem dies cedens unter der doppelten conditio iuris des Erbschaftsantritts und der Agnition des Vermächtnisses. Den Eintritt des dies cedens und des dies veniens, mit denen die Vererblichkeit bzw. die Delation des Vermächtnisses eintritt, ohne welche keine Agnition oder Repudiation stattfinden kann, bestimmen dieselben Grundsätze wie beim Singularvermächtniß (§ 113. 114 ff.)[3]. Aber das Wahlrecht des onerirten Fiduciars aus der Delation der Erbschaft unterliegt einer Beschränkung, wie sie in dieser Weise bei Singularvermächtnissen für den Onerirten nicht vorkommt (§ 6 S. 98): der Fideicommissar hat das Recht, den Fiduciar zum Antritt der Erbschaft zu zwingen, um das Universalvermächtniß aufrecht zu erhalten[4]. Dieses Recht setzt der Regel nach voraus,

[1] c. 30 C. de fideic. (6. 42). c. 6 C. de inst. et subst. (6. 25). l. 102 D. de condit. (35. 1).

[2] l. 4 D. h. t. (36. 1).

* Arndts a. a. O. § 582 ff. v. Vangerow a. a. O. § 558. Windscheid a. a. O. § 664. Brinz a. a. O. § 430. Dernburg a. a. O. § 120. 121.

[3] Vgl. l. 26 (25) pr., l. 48 (46) D. h. t. (36. 1), c. 21 C. de fideic. (6. 42). Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 45 Nr. 259.

[4] Das Recht hatte seine Quelle in dem SC. Pegasianum, Gaius II. 258. § 6. 7. I. h. t. (2. 23). l. 17 D. si quis om. c. test. (29. 4) . . in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat et restituat: quod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissum relictae sint, non magis tributum est quam legatariis. Das Recht steht dem Fideicommissar zu, es mag ihm die ganze Erbschaft oder nur eine Quote restituirt werden sollen, l. 1 § 9, l. 17 (16) § 8. 9, l. 28 (27) § 8 D. ad SC. Treb. (36. 1).

daß dem Fiduciar die Erbschaft, dem Fideicommissar das Vermächtniß deferirt ist, und daß der Fiduciar mit der Antrittserklärung zögert, oder die Erbschaft repudiirt, oder sich der Erklärung über Antritt oder Repudiation entzieht[1]. Diese Regel erleidet aber für beide Theile Ausnahmen.

1. Ist der Fiduciar unter einer Potestativbedingung zur Erbschaft berufen, die er nach dem Willen des Erblassers sponte erfüllen soll, so wird im Fall der Nichterfüllung, wie bei einer conditio casualis, die Erbeinsetzung wie die Zuwendung des Vermächtnisses unwirksam[2]. Liegt dieser Wille des Erblassers nicht vor, so wird die Erfüllung der Potestativbedingung und mit ihr die Delation der Erbschaft erzwungen[3]; läßt sie sich nicht erzwingen, so wird sie erlassen[4], ebenso wenn sie die Ehre des Fiduciars verletzt oder unersetzliche Opfer von ihm fordert[5], während ersetzliche ihm der Fideicommissar abnehmen muß[6]. Bestreitung der Rechtsbeständig-

[1] l. 14 § 1. 2, l. 44 (43) pr. D. h. t. c. 7 § 1 C. h. t. (6. 49).

[2] l. 65 (63). § 7 D. h. t. .. plus enim tribui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est: utique autem testator, nisi expleta sit conditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restitui hereditatem. Diesen Willen kann der Erblasser z. B. haben bei der Bedingung, daß der Erbe seinen Namen annehmen solle.

[3] l. 32 (31) § 2 D. h. t. . . . si facti est condicio debet parere et adire hereditatem et restituere. l. 65 § 7 D. h. t.

[4] z. B. die Bedingung, den Namen des Erblassers oder eines Andern anzunehmen, l. 65 (63) § 9. 10 D. h. t.

[5] l. 65 (63) § 7 D. h. t. . . . si turpis aut difficilis sit conditio, aperte iniquum est, cogi eum explere eam alterius gratia. Aber im Widerspruch mit dem Willen des Erblassers dürfen schwer erfüllbare Bedingungen nicht erlassen werden nach den in Note 1 citirten Schlußworten dieses Paragraphen. Nach ihnen muß daher auch in dem voraufgehenden Satze statt „sed et remitti eam ab initio visum est“ mit Mommsen in seiner Ausgabe gelesen werden: „sed et remitti eam a praetore iniquum visum est“. v. Bangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. I. 3. Windscheid a. a. O. Note 3. l. 7 i. f. D. h. t. Brinz a. a. O. Note 38.

[6] l. 65 (63) § 8 D. h. t. Si dandae pecuniae conditio adscripta est heredi, debet ei offerre pecuniam is qui poscit fideicommissum, ut hereditatem impleta conditione possit adire et restituere. l. 7, 11 pr., 28 (27) § 15 eod.

keit des Testaments oder des Universalvermächtnisses und die Erbittung einer Deliberationsfrist[1] schließen den Zwang nicht aus[2], ebensowenig Incapacität des Fiduciars, aber selbstverständlich Erbunfähigkeit[3]. Stirbt der Fiduciar bei Lebzeiten des Erblassers, so daß dieser es wußte, oder stirbt er nach dem Erblasser, ohne die Erbschaft erworben zu haben, und ohne daß ein Anderer durch Transmission an seine Stelle tritt, so wird der Fideicommissar als Vulgarsubstitut behandelt[4].

2. Ist dem Fideicommissar das Vermächtniß unter einer Bedingung hinterlassen, so kommt in Betracht, ob der Fiduciar heres ex asse ist, oder ob er Miterben hat: im letzten Fall hat er vor Eintritt der Bedingung kein Zwangsrecht, wohl aber im ersten. Deficirt die Bedingung, so wird der Fiduciar gegen den erzwungenen Antritt in integrum restituirt; ebenso, wenn sich nach Streitigkeiten über die Geltung des Testaments oder des Vermächtnisses zeigt, daß der Fideicommissar kein Recht hatte[5]. Soll der Fideicommissar die Erbschaft an einen Anderen weiter restituiren, so hat, wenn er sich weigert, den Fiduciar zum Antritt zu zwingen, der Afterfideicommissar das Zwangsrecht[6].

Das Zwangsrecht muß heute geltend gemacht werden durch Klage[7]. Auf Grund des verurtheilenden rechtskräftigen Erkenntnisses gilt die Erklärung des Antritts als abgegeben[8]. Entstehen durch den Antritt Auslagen oder Verluste, namentlich durch die

---

[1] Der Antritt während der Deliberationsfrist giebt ihm aber die Vortheile des freiwilligen Antritts (§ 139). l. 9 § 1. l. 73 (71) D. h. t.

[2] l. 13 § 2. 3, D. h. t.

[3] l. 17 (16) § 15 D. h. t. v. Bangerow a. a. O. Anm. 1 sub I. 3.

[4] l. 13 § 4. l. 14 D. de testam. milit. (29. 1). Brinz a. a. O. Note 36.

[5] l. 11 § 2, l. 12. 13 pr. l. 32 (31). pr. § 1 D. h. t. (36. 1). l. 1 § 6 D. de separation. (42. 6).

[6] l. 57 (55) § 2 i. f. D. h t. (36. 1).

[7] Windscheid a. a. O. Note 7. Dernburg a. a. O. § 121 Note 11. Brinz a. a. O. Note 35.

[8] R. C. P. O. § 779. Nach röm. Recht galt wohl auf Grund des iussus praetoris ohne Weiteres der Antritt als geschehen, Ubbelohde, Arch. f. civ. Pr. Bd. 61 S. 74 ff.

mit dem Antritt verbundene confusio, so hat der Verklagte dilatorische Einreden behufs vorausgehender Deckung oder Sicherstellung[1]. Je nachdem der Erbschaftsantritt des Fiduciars ein freiwilliger oder ein erzwungener ist, gelten für die Restitution der vermachten Erbschaft an den Fideicommissar verschiedene Grundsätze.

3. Restitution*

a) Bei freiwilligem Antritt des Fiduciars.

§ 139.

Mit der Agnition des Universalvermächtnisses nach dem dies veniens erwirbt der Fideicommissar nicht blos die Vermächtnißobligation auf Restitution der vermachten Erbschaft, sondern nach Analogie eines sub conditione hinterlassenen Eigenthumsvermächtnisses[2] auch die vermachte Erbschaft selbst ex die aditae hereditatis, aber hier nicht pure, sondern unter der conditio iuris der Restitution[3]. Deßhalb wird auch der Fiduciar durch den Erbschaftsantritt nur einstweilen das Subject der erbschaftlichen Rechte und Schulden, seine Forderungen und Schulden gegen und an den Erblasser und die zwischen ihm und dem Erblasser bestehenden iura in re gehen nur einstweilen durch confusio unter, und seine Veräußerungen aus der Erbschaft sind nur einstweilen gültig. Mit der Restitution wird der Fideicommissar rückwärts ex die aditae hereditatis das Subject der erbschaftlichen Rechte und Schulden, die durch confusio untergegangenen

---

[1] l. 7, l. 11 pr. l. 28 (27) § 15, l. 37 (36), l. 46 (44) pr. l. 61 (59) pr. D. h. t. (36. 1). Brinz a. a. O. Note 39.

* Arndts Pand. § 582 ff. v. Wangerow a. a. O. § 558. 559. Windscheid a. a. O. § 666 ff. Dernburg a. a. O. § 120. 121. 122.

[2] Vgl. § 126 sub I. 2. § 114.

[3] Nach der herrschenden Doctrin hat das Universalvermächtniß auch diese bedingte dingliche Wirkung nicht, sondern bis zur Restitution nur obligatorische Wirkung, vgl. Windscheid a. a. O. § 665 Note 1. Dernburg a. a. O. § 120 sub 1; dagegen nimmt Brinz a. a. O. § 430 Note 32 auf Grund der c. 1. 2. C comm. de leg. (6. 43) dingliche Wirkung an, aber nur hinsichtlich der im Universalvermächtniß begriffenen Sachen; vgl. oben S. 734 Note 1 ff.

Rechtsverhältnisse leben wieder auf[1] und die Veräußerungen des Fiduciars werden ungültig[2]; nur soweit sie zum Zwecke einer guten Verwaltung der Erbschaft oder der Befriedigung der Erbschaftsgläubiger nothwendig waren[3], bleiben sie gültig, ebenso wenn sie Zwecks Bestellung einer Dos an den Ehegatten erfolgten, sofern es an sonstigem Vermögen dazu fehlte und beide Theile in bona fide waren[4], und ebenso selbstverständlich, wenn der Fideicommissar eingewilligt hat[5].

Die Restitution erfolgt durch eine vom Fideicommissar genehmigte formlose Erklärung des Fiduciars, daß er ihm die vermachte Erbschaft übergeben wolle. Diese Erklärung kann auch stillschweigend abgegeben werden, namentlich durch die Gestattung der Besitzergreifung erbschaftlicher Gegenstände[6]; sie kann auch durch und an freie Stellvertreter geschehen[7], durch und an Vormünder[8], und durch und an den bevormundeten Fiduciar oder Fideicommissar mit Consens seines Vormunds[9]. Erfolgt die Restitution vor dem dies veniens, so ist sie unwirksam, wird aber

[1] l. 75 (73) § 1 D. h. t. (36. 1). Cum ex Trebelliano Scto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilo minus valent. Forderungen und Schulden leben nach röm. Recht nicht wieder auf, sondern durch die Restitution entstehen nur Klagen auf Neubegründung nach l. 61 (59), l. 60 (58) pr. D. h. t. (36. 1); vielleicht setzen diese Stellen einen widersprechenden Willen des Erblassers voraus (vgl. Dernburg a. a. O. sub 2), oder es liegt hier, wie Windscheid a. a. O. § 665 Note 4a annimmt, eine unvollendete Entwickelung des römischen Rechts vor, so daß heute wie dingliche Rechte auch Forderungen und Schulden wieder aufleben, wo der Wille des Erblassers nicht entgegensteht.

[2] Nach c. 3. § 2. 3 C. commun. de leg. (6. 43), über die zu vergleichen ist S. 746 Note 1.

[3] l. 23 (22) § 3 D. h. t. (36. 1). l. 38 pr. D. de leg. (32).

[4] Nov. 39 c. 1. l. 89 § 7 D. de leg. (31).

[5] c. 11 C. de fideic. (6. 42). Ueber das fideicommissum eius quod superfuturum erit s. den Schluß dieses Paragraphen.

[6] l. 38 (37) pr. D. h. t. (36. 1).

[7] l. 38 § 1, l. 11 § 2, l. 41 (40) § 2, l. 43 (41) D. h. t.

[8] l. 36 (35) D. h. t., c. 7 § 1a C. h. t. (6. 49), l. 40 (39) D. h. t., l. 1 § 14 D. eod., c. 7 § 1 C. h. t.; vgl. auch l. 1 § 15, i. 27 (26), l. 28 (27) pr. D. h. t.

[9] c. 7 pr. C. h. t.

durch nachträgliche Ratihabition mit rückwirkender Kraft gültig[1]. Rechtskräftige Verurtheilung des Fiduciars zur Restitution ersetzt dieselbe[2]. Ohne Urtheil und ohne Erklärung des Fiduciars nach dem Gesetz erfolgt die Restitution, wenn der Fiduciar ohne Vertreter abwesend ist, wenn er ohne Erben gestorben ist, und bei successiven Universalvermächtnissen, aus welchen der Fideicommissar die Erbschaft an einen nachfolgenden zu restituiren hat[3].

Die Restitution ist keine solutio der erbschaftlichen Activa nach Abzug der Schulden[4] nach Analogie einer donatio omnium bonorum[5], sondern sie bewirkt für den Fideicommissar nach dem SC. Trebellianum die Universalsuccession in die vermachte ganze Erbschaft oder in die vermachte Erbschaftsquote[6] in dem Stande zur Zeit des Erbschaftsantritts mit dem Zuwachs, den sie von da bis zur Restitution erfahren hat, soweit er mit vermacht ist[7]: in das, was der Fiduciar für Nachlaßgegenstände erwarb, soweit es noch existirt[8], in den Theil des Prälegats, den der Fiduciar, weil er ihm ungültig vermacht ist, als Erbe besitzt[9] und in die ihm accrescirenden Erbportionen, die aber im Zweifel als nicht

---

[1] l. 10 D. h. t. (36. 1). Dazu l. 114 § 11 D. de leg. (30), l. 41 § 12 D. de leg. (32) und zu dem in den beiden letzten Stellen erörterten Fall, wo der Fiduciar ein Universalvermächtniß, welches er nach seinem Tode leisten soll, bei seinen Lebzeiten restituirt, ein Gutachten von Serafini, Ellis-Caetani contro Caetani. Pisa 1886.

[2] R. C. P. O. § 779.

[3] c. 7 C. h. t. (6. 49).

[4] l. 39 (38) D. h. t. (36. 1) non enim solutio est hereditatis restitutio, sed et successio, cum obligetur.

[5] Vgl. § 1 S. 41 ff.

[6] l. 65 (63) pr. D. h. t. (36. 1). Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt eius, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. l. 1 § 2 D. eod. . . . ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent . . his dari et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset. . . § 4 I. h. t.

[7] l. 43 (44) § 1 D. h. t. (36. 1).

[8] l. 75 (73) pr. D. h. t., l. 20 (18) § 2 D. eod.

[9] l. 19 (18) § 3 D. eod. Nach dem Willen des Erblassers kann er es auch ganz mit herausgeben oder ganz zurückbehalten sollen, l. 3 § 4 D. h. t. (36. 1), l. 86 D. ad. leg. Falc. (35. 2), c. 16 de fideic. (6. 42).

mit vermacht anzuſehen ſind[1]. Auch die Univerſalſucceſſion des heres fideicommissarius begründet für ihn einen doppelten Erwerb: den Erwerb der Erbſchaft als universitas und per universitatem der Erwerb der res singulae, der Rechte und Schulden, aus denen ſie beſteht[2]. Durch den Erwerb der universitas erhält er das fideicommiſſariſche Erbrecht, welches dem Fiduciar ſeine Erbenqualität nicht entzieht[3], aber den Fideicommiſſar berechtigt und verpflichtet, an deſſen Stelle (heredis loco, quasi heres)[4] als dominus hereditatis zu fungiren[5]. Zum Schutz dieſes Erbrechts hat er die hereditatis petitio fideicommissaria, eventuell als partiaria (§ 48 ff.), und die actio familiae erciscundae[6] gegen den Fiduciar, dem ein Theil der Erbſchaft verblieb und gegen die Miterben deſſelben (§ 39 ff.); aus den res singulae ſtehen ihm und gegen ihn die Singularklagen zu[7].

Da die Reſtitution in dieſer Weiſe nach dem Willen des Erblaſſers den Fideicommiſſar in die Erbenſtellung des Fiduciars einſetzen ſoll, ſo kann ſie nur mit folgenden Wirkungen eintreten:

1. Den Gegenſtand der Reſtitution bildet nur das, was der Fiduciar als Erbe durch die Erbſchaft erworben hat[8], alſo nicht: die iura sepulcrorum, die nicht zur Erbſchaft gehören[9], nicht die nach dem Antritt bis zur Reſtitution gezogenen Früchte, wenn ſie nicht mitvermacht ſind oder der Fiduciar in mora iſt, ſondern nur die während der hereditas iacens gezogenen Früchte[10]; nicht das conditionis implendae causa datum und die ihm hinterlaſſenen Vermächtniſſe[11]; nicht die Sache oder Summe, die er nach An-

[1] Vgl. § 30 S. 190.

[2] Vgl. § 33.

[3] Vgl. § 46 sub I.

[4] l. 46 (44) D. h. t. § 4 i. f. I. h. t.

[5] l. 2 D. h. t. . . . nam heres hoc rogatus intelligi debet, ut te suo loco constituat. l. 46 (44) pr. § 1 D. h. t.

[6] l. 28 (27) § 11 D. h. t.

[7] l. 37 (36) D. h. t. is cui restituta est hereditas omnia persequitur.

[8] l. 61 (59) § 1 D. h. t.

[9] l. 43 (42) § 1 D. h. t. Vgl. § 1 S. 32 ff.

[10] l. 19 (18) pr. D. h. t l. 28 (27) § 1 D. eod.

[11] l. 44 § 4 D. de condit. (35. 1)

ordnung des Erblassers zurückbehalten soll, weil diese Anordnung ein Singularvermächtniß in sich schließt[1].

2. Aus den zur Erbschaft gehörigen Rechten und Schulden kann nach der Restitution nur noch der Fideicommissar klagen und verklagt werden; er haftet aus den Schulden in demselben Umfange wie der Fiduciar gehaftet haben würde, so daß es ihm zum Vortheil gereicht, wenn dieser cum beneficio inventarii angetreten hat[2]; den Klagen des Fiduciars und gegen ihn steht die exceptio der Restitution entgegen, auch den Universalklagen[3].

3. Aus den auf die Erbschaft gelegten Singularvermächtnissen zu Gunsten Dritter, haftet, weil Vermächtnißschulden Erbschaftsschulden sind, nur der Fideicommissar[4], wenn ihm die Erbschaft ganz restituirt ist, und kann die Quarta Falcidia nicht abziehen, da er, obwohl heredis loco, doch nur Vermächtnißnehmer ist[5]; wo die Restitution sich auf eine Erbschaftsquote beschränkt, trägt er die Vermächtnisse zu dieser Quote, im Uebrigen der Fiduciar oder dessen Miterben mit dem Recht, die Quart in Abzug zu bringen[6], sofern der Erlasser nicht besondere Bestimmungen über die Vertheilung der Singularvermächtnisse zwischen dem Fideicommissar und dem Fiduciar getroffen hat[7]. Die Quarta Falcidia wie Trebelliana verbleibt stets dem Fiduciar, wenn er freiwillig antritt. Seine Haftung aus der Restitutionspflicht beschränkt sich, wenn er die ganze Erbschaft

[1] § 9 I. h. t. (2. 23). l. 17 (16) § 3 D. h. t. (36. 1). Dazu Windscheid a. a. O. § 652 Note 17.

[2] Vgl. S. 813 Note 6.

[3] l. 28 (27) § 7 D. h. t. l. 1 § 19 D. ut legat. (36. 3) . . . nomen quidem heredis apud eos integrum maneat, verumtamen effectu minus habeant hereditatis.

[4] l. 2 D. h. t. . . . quia praesumtum est voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui. c. 2 C. h. t.

[5] l. 47 § 1 D. ad leg. Falc. (35. 2). l. 57 (55) § 2 D. h. t. (36. 1) . . . totum restituere cogetur . . . quartam enim Falcidiae iure fideicommissarius retinere non potuit.

[6] c. 2 C. h. t. . . . pro competente portione . . . l. 1 § 21, l. 3 pr. D. h. t. Vgl. v. Bangerow a. a. O. § 559, Windscheid a. a. O. § 667 Note 6.

[7] v. Bangerow a. a. O. sub 1. a.

restituiren soll, auf dolus und culpa lata, wenn blos eine Erbschaftsquote, so haftet er für culpa levis in concreto[1]. Die Sicherstellung des Universalvermächtnisses ist die des Singularvermächtnisses (§ 116 sub 3).

Dem Restitutionsanspruch des Fideicommissars steht gegenüber das Recht des Fiduciars auf die Quarta Trebelliana, wenn das Universalvermächtniß drei Viertel der Erbschaft übersteigt (§ 119). Diese Quart zieht er durch Zurückbehaltung einer entsprechenden Erbschaftsquote ab, so daß er diese Quote als Erbe hat[2], muß sich aber in dieselbe, abweichend von den Grundsätzen für die Quarta Falcidia, nach dem, von der herrschenden Ansicht jedoch beanstandeten, Ausspruch der Quellen nicht blos das einrechnen, was er als Erbe erworben hat, sondern Alles, was er mortis causa erhielt[3].

Besondere Vorschriften gelten für den Fall, wo der Erblasser das, was beim Tode des Fiduciars noch von seiner Erbschaft vorhanden sein werde, zum Gegenstand eines Universalvermächtnisses gemacht hat: fideicommissum eius, quod superfuturum erit. Hier kann der Fiduciar drei Viertel der Erbschaft nach Belieben verwenden, aber das letzte Viertel für sich selbst nur im Fall der Noth, oder zum Loskauf von Gefangenen, oder zur Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias, wenn er dazu kein anderes Vermögen hat[4]. Bei anderweitiger Verwendung des letzten

[1] l. 23 (22) § 3 D. h. t. Aus dieser Stelle leitet die herrschende Doctrin den im Text aufgestellten Satz über die Haftung ab. A. M. Windscheid a. a. O. § 665 Note 7. Salkowski in Glück's Comment. Bd. 49 S. 230 ff.

[2] § 7 I. h. t. (2. 23).

[3] Vgl. darüber S. 765 Note 1.

[4] Nov. 108 c. 1. 2. Seuffert, Arch. Bd. 3 Nr. 82. Der Fiduciar hat auch hier das Recht auf den Abzug der Quart und des Pflichttheils. Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 209, und das Recht zu Schenkungen und letztwilligen Vergabungen, Seuffert, Arch. Bd. 8 Nr. 73. 74. Seine Verfügungen über das freigelassene Viertel können auch nicht angefochten werden durch den Einwand, sie seien fraudulös zum Nachtheil des Fideicommissars vorgenommen worden, Seuffert, Arch. Bd. 34 Nr. 137, Bd. 38 Nr. 326, Bd. 47 Nr. 125. Die Dispositionsbeschränkungen des alten Rechts in l. 56 (54), l. 60 (58) § 7. 8 D. h.t. (36. 1) sind durch die Nov. 108 aufgehoben worden.

Viertels haftet er dem Fideicommissar auf Ersatz; wenn er insolvent ist, hat der Fideicommissar eine Forderung auf das Veräußerte gegen den dritten Besitzer[1]. Wegen des vierten Theiles muß der Fiduciar dem Fideicommissar nicht blos die gewöhnliche Caution bestellen, sondern, weil ihn diese nicht genügend schützt, ein zuverlässiges Inventarium über die Erbschaft machen, ohne welches der vierte Theil derselben nicht ermittelt werden kann[2].

b) Bei erzwungenem Antritt des Fiduciarius.

§ 140.

Die Wirkungen des erzwungenen Erbschaftsantritts bestimmt der Grundsatz: er soll für den Fiduciar weder Nachtheile noch Vortheile haben[3]:

1. Der Fiduciar soll keine Nachtheile haben. Deßhalb können ihn die Erbschaftsgläubiger nicht in Anspruch nehmen, wenn nach dem Antritt kein Fideicommissar vorhanden ist, dem die Erbschaft restituirt werden kann, oder wenn der Fideicommissar die Uebernahme der Erbschaft verweigert: dort wird die Erbschaft eine erbloſe und dient zur Befriedigung der Gläubiger, hier wird der Fideicommissar so behandelt, als sei ihm die Erbschaft restituirt[4]. Deßhalb behält er das conditionis implendae causa datum, weil er dies nicht aus der Erbschaft erworben hat[5], und die bis zum erzwungenen Antritt aus der Erbschaft gezogenen Früchte, weil er diese nicht iudicio defuncti, sondern negligentia petentis gezogen hat[6]. Deßhalb muß ferner der Fideicommissar blos auf einen Theil der Erbschaft, wenn der andere Theil ausgeschlagen wird, die ganze Erbschaft übernehmen[7].

---

[1] Nov. 108 c. 2.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 5 Nr. 208, Bd. 21 Nr. 63, Bd. 17 Nr. 74.

[3] § 7 i. f. I. h. t. . . . nullo nec damno nec commodo apud heredem manente.

[4] l. 11 § 2 D. h. t. — l. 46 (44) pr., l. 69 (67) pr. D. h. t.

[5] l. 44 § 4. 5 D. de condit. (35. 1).

[6] l. 28 (27) § 1 D. h. t. l. 23 (22) § 2 D. eod.

[7] l. 17 (16) § 4 D. h. t. l. 29 (28) pr. D. eod.

2. Der Fiduciar soll keinen Vortheil haben[1]. Deßhalb verliert er sein Recht auf die Quarta Trebelliana wie sein Recht auf den Abzug der Quarta Falcidia, und die ihm accrescirenden Erbportionen gehen auf den Fideicommissar über[2]; deßhalb muß er die ihm durch den erzwungenen Antritt zugefallene Pupillarerbschaft an den Fideicommissar herausgeben[3]; deßhalb muß er dem Fideicommissar blos auf einen Theil der Erbschaft die ganze Erbschaft restituiren[4]; deßhalb verliert er das Vermächtniß, welches dem Fideicommissar zu seinen Gunsten auferlegt ist und kann von den dem Fideicommissar zugewandten Vermächtnissen die Quarta Falcidia nicht abziehen[5].

Der Fideicommissar kann aber auch bei erzwungenem Antritt die Falcidische Quart nicht von ihm selbst auferlegten Vermächtnissen abziehen, sondern nur von den übrigen Vermächtnissen, von denen der Fiduciar sie hatte abziehen können[6].

---

[1] l. 28 (27) § 2 D. h. t.

[2] l. 15 (14) § 4 D. h. t., l. 4, l. 28 (27) § 2 D. eod. Ueber die accrescirenden Erbportionen vgl. § 30 S. 189.

[3] l. 28 (27) § 2 D. h. t.

[4] l. 1 § 9, l. 17 (16) § 5 D. h. t. l. 29 (28) § 1 D. eod. l. 28 (27) § 6. 14 D. eod. l. 57 (55) § 3 i. f. D. eod.

[5] l. 57 (55) § 3 D. h. t.

[6] l. 57 (55) § 2, l. 65 (63) § 11 D. h. t.

Drittes Buch.

Die Lehre von der mortis causa donatio*.

I. Begriff.

§ 141.

Die mortis causa donatio, Schenkung von Todeswegen oder auf den Todesfall, ist eine Schenkung, welche abhängig gemacht ist von der Thatsache, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebt, sondern vor ihm oder gleichzeitig mit ihm stirbt[1].

Nach der Absicht der Parteien kann dies in verschiedener Weise geschehen[2].

1. Diese Thatsache kann eine conditio für die Perfection des Schenkungs*vertrages* sein. Dies ist sie, wenn das Schenkungsversprechen oder bei der donatio rerum die Tradition bis zum Tode des Schenkers für den Beschenkten keinen Rechtserwerb irgend einer Art, auch keinen bedingten, begründen soll[3], weil der Schenker

---

* D. 39. 6 de mortis causa donationibus et capionibus C. 8. 56 (57) de mortis causa donationibus. Arndts, Pand. § 589. 590. v. Vangerow, Pand. Bd. 2 § 561—563. Windscheid, Pand. Bd. § 675. 976. Dernburg, Pand. § 117. 118 und die bei diesen Citirten. Cohen, Schenkung von Todeswegen. Inaug.-Dissert. München 1878.

[1] l. 1 pr. D. h. t l. 26 D. eod., § 1 I. de donat. (2. 7) . . M. c. donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magisque eum cui donat, quam heredem suum.

[2] l. 2. l. 13 § 1 D. h. t. l. 35 § 2—4 D. h. t.

[3] l. 2 cit. . . . non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta. l. 32 D. h. t. Non videtur perfecta donatio m. c. facta, antequam mors insequatur.

ſich nicht binden, ſondern bis zu ſeinem Tode ſich den willkürlichen Widerruf der Schenkung (ex poenitentia) vorbehalten will[1]. Dieſe Widerruflichkeit läßt ſich juriſtiſch nur ermöglichen, wenn der Schenkungsvertrag als negotium imperfectum geſchloſſen und ſeine Vollendung, nach der Intention der Parteien mit oder ohne rückwirkende Kraft[2], davon abhängig gemacht wird, daß der Schenker vor dem Beſchenkten oder gleichzeitig mit ihm ſtirbt. Nur als negotium imperfectum kann der Vertrag ohne rechtliche Wirkung für den Beſchenkten bleiben und ſeine Exiſtenz von dem fortdauernden Willen des Schenkers abhängig ſein. Wenn der Vertrag für den Beſchenkten auch nur ein bedingtes Recht erzeugt, wird durch dasſelbe der Schenker an den Vertrag gebunden und damit der willkürliche Widerruf ausgeſchloſſen. Dagegen der unvollendete Schenkungsvertrag geht nach den allgemeinen Grundſätzen über die negotia imperfecta[3] unter, ſobald der Schenker den animus donandi nicht mehr aufrecht erhalten will, oder nicht mehr aufrecht erhalten kann, weil er die dazu erforderliche Rechtsfähigkeit verliert[4]; dann kann der Schenker die tradirte Sache vindiciren oder die condictio causa data causa non secuta gegen den Beſchenkten auf die Bereicherung anſtellen, muß ihm aber die impensae necessariae und utiles erſetzen[5].

2. Die Thatſache, daß der Schenker den Beſchenkten nicht überlebt, kann auch eine conditio suspensiva für die Forderung

[1] l. 15 i. f. D. de manum. (40. 1) . . . cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate. l. 11 § 9 D. de don. i. v. e. u. (24. 1) . . . nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit . . traditio in pendenti habebitur. l. 16 D. h. t. (39. 6) . . dum pendet . . revocari potest. l. 30 D. eod.

[2] l. 11 § 9 D. de don. i. v. e. u. (24. 1).

[3] Vgl. meine Abhandl. über den obligatoriſchen Vertrag unter Abweſenden S. 6 ff., S. 23 ff., S. 125 (in v. Iherings Jahrbb. Bd. 11 S. 144 ff., S. 161 ff., S. 263 ff.).

[4] l. 7 D. h. t. (39. 6). Si aliquis m. c. donaverit. et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant.

[5] l. 29, l. 35, § 3, l. 30, l. 37 § 1, l. 14. 19 D. eod. l. 38 § 3 D. de usur. (22. 1). Vgl. v. Savigny, Syſtem Bd. 3 S. 253.

aus dem perfecten Schenkungsversprechen, oder für das durch die perfecte Tradition übertragene Eigenthum sein. Dort erwirbt der Beschenkte sofort eine bedingte Forderung, die er conditione existente gegen die Erben des Schenkers geltend machen kann, hier erwirbt er sofort bedingtes Eigenthum. In beiden Fällen sind die Parteien pendente conditione, wie bei jedem andern bedingten Erwerb, an den Vertrag gebunden, bis sich die Erfüllung der Bedingung entscheidet. Die so contrahirte m. c. donatio ist deßhalb nicht willkürlich widerruflich; der Schenker hat die rei vindicatio oder eine condictio erst, wenn der Beschenkte vor ihm gestorben ist[1].

3. Die Thatsache, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebt, kann auch eine conditio resolutiva oder eine Voraussetzung für das dem Beschenkten eingeräumte Recht sein. Dort kann der Schenker, wenn der Beschenkte vor ihm stirbt, die tradirte Sache vindiciren, weil das Eigenthum mit dem Eintritt der Resolutivbedingung ipso iure an ihn zurückfällt; hier hat er dagegen nur die condictio ob causam datorum auf Restitution oder eine Einrede gegen die Ansprüche des Beschenkten (S. 732 sub IV)[2]. Den willkürlichen Widerruf schließt auch diese Gestalt der m. c. donatio aus: er ist durch den unvollendeten Schenkungsvertrag bedingt, der überall vorliegt, wo der Widerruf vorbehalten ist.

4. Die Thatsache, von der die Schenkung abhängig ist, kann auch der Tod des Schenkers vor dem Beschenkten in einer gegenwärtigen Lebensgefahr sein. Hier wird die Schenkung kraftlos, wenn der Schenker diese Gefahr übersteht[3]. Auch diese Thatsache kann als conditio für die Perfection des Schenkungsvertrages aufgestellt sein, oder als Suspensiv- oder Resolutivbedingung oder als Voraussetzung für das dem Beschenkten eingeräumte Recht. Im Zweifel steht die m. c. donatio unter den Grundsätzen über die negotia imperfecta, im Zweifel ist sie daher auch widerruflich: in obscuris quod minimum est sequimur.

[1] l. 13 § 1. l. 35 § 4 i. f. D. h. t. Vgl. l. 1 pr. D. de donat. (39. 5).
[2] l. 29 i. f. l. 39 D. h. t.
[3] l. 2—6 D. h. t. l. 8 § 1 D. eod. l. 31 § 2 i. f. D. eod. l. 35 § 3 D. eod.

Eine Schenkung, die nicht abhängig gemacht ist von der Thatsache, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebt, ist keine m. c. donatio. So die Schenkung an den Empfänger und seine Erben[1], und so auch die Schenkung, welche davon abhängig gemacht ist, daß ein Dritter den Beschenkten nicht überlebt: dies ist eine mortis causa capio[2], aber eine donatio inter vivos.

II. Errichtung.

§ 142.

Die m. c. donatio ist kein letzter Wille, sondern ein Rechtsgeschäft, welches sich unter Lebenden vollzieht: praesens praesenti dat[3]. Deßhalb steht sie in folgenden Beziehungen einer donatio inter vivos gleich:

1. Die subjectiven Erfordernisse für ihre gültige Errichtung sind nur die Vertragsfähigkeit der Parteien, nicht testamenti factio activa und passiva, wie sie die gültige Errichtung eines Vermächtnisses fordert (§ 108). Ein Hauskind kann aus seinem unfreien Vermögen mit Zustimmung seines Vaters gültig m. c. schenken, aus seinem freien Vermögen auch ohne diese Zustimmung[4].

2. Die donatio m. c. kann in derselben Weise wie die donatio inter vivos eine donatio dando, obligando oder liberando sein[5], und auch als eine unwiderrufliche errichtet werden (§ 141 sub 2—4).

3. Auch die donatio m. c. kann bis zum Betrage von 500 solidi formlos errichtet werden, darüber hinaus bedarf auch sie

---

[1] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 35 Nr. 226 und dazu Bd. 30 Nr. 46.

[2] l. 18 pr. l. 27 D. h. t. Vgl. 697 Note 3.

[3] Vgl. Einleitung S. 23 ff.

[4] l. 7 § 4 D. de donat. (39. 5). l. 25 § 1 D. h. t. (39. 6). Vgl. Windscheid a. a. O. § 676 Note 17 und über die m. c. donatio eines Pupillen ebenda Note 1.

[5] l. 29 D. h. t. l. 1 § 2 D. usufr. quemadm. (7. 9) l. 18 § 1, l. 24. 28, l. 35 § 6 D. h. t. v. Bangerow a. a. O. § 561 sub I.

der gerichtlichen Insinuation; diese kann aber nach Justinians Bestimmung durch die Zuziehung von fünf Zeugen ersetzt werden, auch bei mündlicher Errichtung[1]. Die Codicillarform hat Justinian nicht vorgeschrieben. Die Zeugen brauchen deßhalb keine Testamentszeugen zu sein; unitas actus ist nicht erforderlich, auch bei schriftlicher Errichtung keine Unterschrift der Zeugen. Wer Codicille vor weniger als fünf Zeugen errichten kann, muß gleichwohl bei der m. c. donatio an Stelle der gerichtlichen Insinuation fünf Zeugen zuziehen. Nach den Grundsätzen des Oralfideicommisses kann die m. c. donatio nicht errichtet werden, ebenso wenig im Testament oder Codicill: praesens praesenti dat. Sie setzt Annahme der Schenkung voraus. Die Erklärung des Erblassers im Testament oder Codicill, er wolle einer Person eine Sache oder Summe schenken, ist ein Vermächtniß[2].

4. Eine m. c. donatio, deren Gegenstand das ganze Vermögen oder eine Vermögensquote bildet, bewirkt keine Universal-

---

[1] c. 4 C. h. t. (8. 57) . . . actis minime indigere . . . sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus, vel in scriptis vel sine literarum suppositione, aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata . . . et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates. neque ex quacunque parte absimilis iis intelligatur. Der Inhalt dieser Stelle ist sehr bestritten, vgl. v. Bangerow a. a. O. § 562, Windscheid, a. a. O. § 676 Note 3. Aus den citirten Worten ergiebt sich, daß Justinian nur an Schenkungen über 500 solidi denkt, und daß er die für diese bisher vorgeschriebene Form der Insinuation nicht durch die Codicillarform erschweren, sondern daß er sie durch die ad exemplum legatorum getroffene Bestimmung, es solle die Zuziehung von fünf Zeugen genügen, erleichtern und dem Schenker zwischen dieser und der Insinuation die Wahl lassen wollte. So v. Bangerow a. a. O. und die bei ihm Citirten und eine Entscheidung des Reichsgerichts in Seuffert's Arch. Bd. 41 Nr. 278. Andere nehmen an, die c. 4 cit. fordere die Codicillarform, so Windscheid a. a. O. und die bei ihm Citirten; und wieder Andere sind der Meinung, die in c. 4 cit. bezeichnete Form sei nicht blos zugelassen, sondern an Stelle der Insinuation vorgeschrieben s. die Citate bei Windscheid a. a. O.

[2] Seuffert, Arch. Bd. 19 Nr. 246. v. Bangerow a. a. O. § 563 sub II.

ſucceſſion, wie das Univerſalvermächtniß: ihr Gegenſtand beſteht nur in den Activen nach Abzug der Schulden[1].

5. Bei der m. c. donatio giebt es keinen Onerirten, der mit der Leiſtung des geſchenkten Gegenſtandes belaſtet iſt. Dieſen Gegenſtand leiſtet ſofort der Schenker bei der Errichtung der Schenkung[2].

6. Erbloſigkeit des Nachlaſſes ſchließt den Beſtand der Schenkung nicht aus[3].

7. Die m. c. donatio bewirkt keine Delation an den Beſchenkten, deßhalb kein Wahlrecht zwiſchen Annahme und Ablehnung. Die Annahmeerklärung macht der Beſchenkte ſchon bei der Errichtung der Schenkung. Beim Tode des Schenkers tritt daher für ihn ſofort die Acquiſition des eingeräumten Rechtes ein[4].

In allen dieſen Beziehungen unterſcheidet ſich die m. c. donatio von den Vermächtniſſen.

III. Unterordnung unter die Vorſchriften über die Vermächtniſſe.

§ 143.

Die m. c. donatio hat denſelben Zweck und Erfolg, wie das Vermächtniß[5]. Sie iſt auch eine vom Tode des Gebers abhängige Liberalität, die ohne Wirkung bleibt, wenn der Beſchenkte zur Todeszeit des Schenkers nicht mehr vorhanden iſt. Sie entzieht ihren Gegenſtand auch erſt endgültig dem Vermögen des Schenkers, wenn er den Beſchenkten nicht überlebt, ſie iſt nur als ein negotium inter vivos keine Gabe aus der Erbſchaft, weil die Vermögensverminderung, die ſie bewirkt, ſchon das Vermögen des Schenkers in ſeinem letzten Lebensmoment trifft, nicht erſt deſſen Erbſchaft[6]. Deßhalb bringt das römiſche Recht die Vorſchriften

---

[1] Einleitung S. 24 Note 9.
[2] Einleitung a. a. O.
[3] Einleitung a. a. O. v. Vangerow a. a. O. § 562 sub 1. 1.
[4] Einleitung S. 24.
[5] Einleitung S. 23 ff.
[6] l. 38 D. h. t. (39. 6). Seuffert, Arch. Bd. 40 Nr. 297.

über die Vermächtnisse, welche in dem Zweck und Erfolg derselben ihren Grund haben, auch auf die m. c. donatio zur Anwendung, sonst könnten diese Vorschriften durch Errichtung einer Schenkung auf den Todesfall umgangen werden[1]. Zu ihnen zählen:

1. Die Vorschriften über die Capacität (§ 3 S. 68 ff.)[2].

2. Die Vorschriften über die Berechnung und Verletzung des Pflichttheils und über die Quarta Falcidia (§ 98 sub II, § 102 S. 672 Note 5, § 119 S. 754 sub 2)[3].

3. Die Vorschrift über die Ungültigkeit wegen Insolvenz der Erbschaft (Einleitung S. 22 Note 3. § 107 S. 696 a. E.)[4].

4. Die Vorschriften über die cautio Muciana (§ 57). und über die conditio iurisiurandi (§ 78 sub II a. E.)[5].

5. Die Vorschriften über das Accrescenzrecht (§ 117)[6].

6. Die Vorschrift, nach welcher Vergleiche über vermachte Alimente der richterlichen Genehmigung bedürfen[7].

7. Die Vorschrift über die Cautionspflicht beim vermachten Nießbrauch[8].

8. Die Vorschrift, nach welcher ein Vermächtniß mit Vermächtnissen belastet werden kann (§ 108 S. 699 sub II)[9].

9. Die Vorschrift über den Verlust der Vermächtnisse wegen

---

[1] § 1 I. de donat. (2. 7). Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia: nam . . a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur et sic procedat, quemadmodum eam nostra constitutio (c. 4 C. h. t.) formavit. In dieser Institutionenstelle und in der c. 4 cit. wird berichtet, daß ein Streit der römischen Juristen über die Frage, ob die m. c. donatio zu den Legaten oder zu den donationes inter vivos zu zählen sei, Justinian zu dieser Constitution veranlaßte; vgl. auch die nicht glossirte Novelle 87 praef.

[2] l. 9, l. 22, l. 35 pr.. l. 37 pr. D. h. t. (39. 6).

[3] Vgl. c. 2 C. h. t. (8. 57).

[4] l. 17 D. h. t. (39. 6).

[5] Nov. 22 c. 44. l. 8 § 3 D. de cond. inst. (28. 7).

[6] c. un. § 14 C. de caduc. toll. (6. 51).

[7] l. 8 § 1 D. de transact. (2. 15).

[8] l. 1 pr. § 1. 2 D. usufr. quemadm. cav. (7. 9).

[9] c. 1 C. h. t. (8. 57). e. un. § 8 C. de cad. toll. (6. 51). Seuffert, Arch. Bd. 2 Nr. 210.

Indignität in dem § 18 S. 150 sub II angeführten Fall (§ 115 S. 740 sub 4)[1].

Auf diese einzelnen Vorschriften hat sich das römische Recht bei der Gleichstellung der m. c. donatio mit den Vermächtnissen nicht beschränkt, sondern es hat die Regel zur Geltung gebracht: quodcunque in legatis iuris est, id in m. c. donationibus erit accipiendum[2]. Aber diese Regel will nicht beide schlechthin einander gleichstellen[3], sondern nur soweit beide Liberalitäten sind, die denselben Zweck und Erfolg haben, die beide vom Tode des Gebers abhängig sind, die beide ohne Wirkung bleiben, wenn der Honorirte beim Tode des Gebers nicht mehr lebt, die beide den Erbschaftsgläubigern und Pflichttheilsberechtigten nicht nachtheilig werden dürfen, und die beide das Motiv des Wohlwollens des Gebers und die Würdigkeit des Honorirten voraussetzen. Die Regel will nicht der m. c. donatio die Natur eines negotium inter vivos entziehen, welches Acceptation voraussetzt, welches keine Vergabung aus der Erbschaft macht, und dessen Bestand unabhängig ist von dem Schicksal der Erbschaft. Die Unterschiede der m. c. donatio von den Vermächtnissen, welche sich hieraus ergeben, hat das römische Recht nicht aufgehoben. Deßhalb ist auch die Regel von Justinian genauer so ausgedrückt: a nobis constitutum est, ut m. c. donatio per omnia fere legatis connumeretur[4].

Hiernach muß namentlich die besondere Behandlung der Bedingungen bei Vermächtnissen[5] überall bei der m. c. donatio eintreten, nicht blos in den in den Quellen speciell erwähnten Fällen[6].

---

[1] Nov. 1 c. 1 § 2.

[2] l. 37 pr. D. h. t. (39. 6).

[3] Vgl. v. Vangerow a. a. O. § 562. Schröter im Arch. f. civ. Pr. Bd. 2 S. 97 ff.

[4] § 1 I. de donat. (2. 7).

[5] Der unmöglichen und unerlaubten Bedingungen und hinsichtlich der Regel des c. 66 de R. I. in VI to. Vgl. Windscheid Pand. Bd. 1 § 92 Note 5. 6, § 94 Note 16.

[6] Windscheid a. a. O. Bd. 3 § 676 Note 9. A. M. Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 118 Note 10.

Ebenso müssen alle Indignitätsgründe für die Vermächtnisse[1] dies auch für die m. c. donatio sein[2], soweit bei ihnen nicht in Betracht kommt, daß sie sich unter Lebenden vollzieht, und auf die m. c. donatio imperfecta müssen auch die Grundsätze über den Widerruf der Vermächtnisse Anwendung finden[3]. Dagegen sind bei der m. c. donatio namentlich ausgeschlossen: das gesetzliche Pfandrecht des Legatars[4], weil es bei ihr keinen Onerirten giebt, bei der m. c. donatio rerum das interdictum quod legatorum[5], weil die an den Beschenkten tradirten Sachen nicht mehr zur Erbschaft gehören[6], und die Vorschrift, nach welcher der mit der querela inofficiosi testamenti abgewiesene Kläger wegen Indignität verliert, was ihm im Testament hinterlassen ist[7], weil die m. c. donatio nicht die Natur eines letzten Willens hat[8].

---

[1] S. 740 sub 4.

[2] Windscheid a. a. O. Note 12.

[3] S. 776 sub I.

[4] S. 744 sub 3.

[5] S. 751 sub 2.

[6] Aus diesem Grunde hat der Erbe das Interdict nicht zum Schutz seines Rechts auf die Quarta Falcidia (S. 769 sub 3), aber er braucht es auch nicht, weil er die der Quart entsprechende Eigenthumsquote, da sie ihm ipso iure verbleibt, vindiciren kann, l. 26 pr. D. ad leg. Falc. (36. 2). Dies sagt die l. 1 § 6 D. quod legator. (43. 3), aber daß das Interdict auch ausgeschlossen sei bei blos obligatorischen Schenkungen körperlicher Sachen sagt sie nicht, vgl. Windscheid a. a. O. Note 22. A. M. Ubbelohde in Glück's Comment. Serie der Bücher 43 u. 44 Theil 3, Sonderausgabe S. 176 ff.

[7] S. 668 Note 1.

[8] l. 5 § 17 D. de his quae ut indign. auser. (34. 9). So erklärt sich auch, daß sich die m. c. donatio einer Rente nicht in mehrere Schenkungen theilt, l. 35 § 7 D. h. t. (39. 6), wie das Vermächtniß einer Rente in mehrere Vermächtnisse (§ 133).

Sach-Register

nach Paragraphen, Seiten, Noten, und den hinter S. 418 eingeschalteten Nachträgen.

A.

Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger. s. Beneficium separationis.
— im Concurse, Nachtr. zu S. 221 Note 4.

Abstinenzrecht, s. Beneficium abstinendi.

Abtretung des Rechts aus der Berufung zur Erbschaft:
— der Erbberechtigung des heres voluntarius § 17 (S. 142).
— des beneficium abstinendi des heres suus § 31 (S. 198).

Abwesenheit
— des berufenen Erben § 14 (S. 130).
— als Verschollenheit § 14 (S. 131).

Accrescenzrecht
— bei der Erbfolge. Begriff und Zweck § 29 (S. 177 ff. S. 179 Note 3.
bei der gesetzlichen Erbfolge § 29 (S. 180).
bei der testamentar. Erbfolge § 29 (S. 181).
bei Einsetzung eines einzigen Erben auf mehrere Erbportionen § 29 (S. 182 ff.)
bei Einsetzung eines Miterben auf mehrere Erbportionen § 29 (S. 184 ff.).
seine Wirkungen:
tritt ipso iure, necessitate und cum onere ein § 30 (S. 186 ff.).
tritt nur für Erben ein, nicht für den Universalfideicommissar und Käufer der Erbschaft § 30 S. 188 ff.).
Beschränkung auf einzelne Miterben: bei d. Intestaterbtheilung nach Stämmen oder Linien § 30 (S. 191).
bei coniuncti § 30 (S. 192 ff.).
— bei Vermächtnissen § 117 S. 747 ff.).
— beim Vermächtniß des Nießbrauchs § 117 (S. 750 Note 4).
— bei der mortis causa donatio § 143 (S. 825).

Accusatio
inofficiosi testamenti § 101 (S. 652).

Acquisition
— der Erbschaft:
durch Antritt und ipso iure § 31 (S. 195 ff.),
Antritt durch aditio hereditatis und pro herede gestio § 6 (S. 95 ff.),
ipso iure mit dem beneficium abstinendi § 31 (S. 196 ff.),
mit dem beneficium inventarii § 34 (S. 208 ff.),
von Miterben § 37 ff. (S. 221 ff.),
von Notherben § 101 (S. 656 ff.);
Form des Erwerbes § 32 (S. 202 ff.)
Duplicität des Erwerbes § 33 (S. 205 ff.)
Rückwirkende Kraft des Erwerbes § 44 (S. 273 ff.)
Veräußerung der erworbenen Erbschaft § 45 S. 279 ff.)
Aufhebung des Erwerbes § 46 (S. 284. ff.)
— des Vermächtnisses § 116 (S. 740 ff.).
— der Quarta Falcidia und Trebelliana § 119 (S. 753).

Actio
— gegen den Erben wegen alienatio in fraudem creditorum § 4 S. 85, Reichsrecht: Nachträge zu S. 85 Note 6 a. E.
— communi dividundo der Miterben § 36 ff. (S. 221 ff.).
— Calvisiana § 104 (S. 685).
— ex testamento s. legatorum § 116 (S. 741 ff.).
— Faviana § 104 (S. 685).
— familiae erciscundae § 37 (S. 223 ff.),
— in rem u. in personam aus dem Vermächtniß § 116 (S. 741 ff.)
— poenalis, mixta, rei persecutoria ex delicto § 1 (S. 37 ff.)
— sepulcri violati § 1 (S. 34 Note 3).
— suppletoria s. ad supplendam legitimam § 102 (S. 668 ff.).
— de universitate (Einleitung S. 19.)
— vindictam spirans § 1 (S. 36).
— Vererblichkeit § 1 (S. 31 ff.).
Activvermögen: bona quae deducto aere alieno supersunt (Einleitung (S. 22—24), § 1 (S. 41), § 45 (S. 279).
Additionalsystem § 95 (S. 620 ff.).
Ademtio hereditatis § 83 (S. 550).
— legati § 125 (S. 776 ff.).
Aditio hereditatis. s. **Acquisition** der Erbschaft.
Adjudicationen bei der actio familiae erciscundae § 37 (S. 223 ff.), § 40 (S. 245 ff.).
Adoptivverwandtschaft,
— Intestaterbrecht auf Grund derselben § 60 (S. 387 ff.)
— Pflichttheilsrecht § 97 (S. 623 ff.)
— Auflösung § 60 (S. 394).
Agnaten, ihre Berufung zur Erbschaft § 59 (S. 385 Note 2), § 60 (S. 387 ff.
Agnition und **Repudiation** des Vermächtnisses Einleit. (S. 22), § 114 (S. 733 ff.).
Alimente,
— als Gegenstand der Collation § 42 (S. 264).
— als Gegenstand eines Vermächtnisses § 134 (S. 797).
Alternatives Vermächtniß § 130 (S. 790 ff.).
Ambulatoria est voluntas defuncti Einleit. (S. 4 Note 4 ff.), § 66 (S. 420 Note 7).
Anerkennung eines ungültigen Testaments § 86 (S. 575 ff.).
Anfall der Erbschaft und des Vermächtnisses, s. **Berufung** und **Delation.**
Antritt und **Repudiation** der Erbschaft, Wahl zwischen Antritt und Repudiation § 4 (S. 76 ff.). § 6 (S. 98).
— durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung § 6 (S. 95 ff.). Erklärung vor und nach der Delation § 6 (S. 96 ff.).
mit Theilbeschränkung § 6 (S. 99 ff.), Erforderniße § 6 (S. 101).
Ungültigkeit:
wegen Nichtexistenz des erforderlichen Willens durch Hinzufügung eines conditio oder eines dies § 7 (S. 101 ff.)
wegen dolus, metus, Simulation und Irrthum § 8 (S. 103 ff.)
wegen Ungewißheit der Delation § 9 (S. 110 ff.)
— durch Stellvertreter des berufenen Erben:
durch einen Negotiorum Gestor oder Mandatarius § 10 (S. 116 ff.),
durch den Paterfamilias § 11 (S. 122 ff.)
durch den Vormund oder Curator:
eines Minderjährigen oder Verschwenders § 12 (S. 125 ff.),
eines Wahnsinnigen od. sog. Preßhaften § 13 (S. 127 ff.),
eines Abwesenden oder Verschollenen § 14 (S. 130 ff.).
durch den Vertreter einer juristischen Person § 15 (S. 134).
Frist für die Wahl § 16 (S. 135 ff.).
s. Deliberationsfrist.
Anwachsungsrecht, s. Accrescenzrecht.
Arrogation:
— des Erblassers § 67 (S. 432).
— eines impubes: anomales Pflichttheilsrecht § 104 (S. 682 ff.).
Ascendenten,
— ihr Intestaterbrecht § 63 (S. 403 ff.),
— ihr Notherbenrecht § 96 ff. (S. 622 ff.)
Auflage. S. Voraussetzung und Modus.

Auseinandersetzung der Miterben § 37 ff. (S. 224 ff.)
Auslegung des letzten Willens § 73 (S. 462. ff.).
Außerordentliche Intestaterbfolge s. g. successio extraordinaria § 65 (S. 415 ff.).
Außerordentliche Privattestamente § 70 (S. 445 ff.
Ausschlagung der Erbschaft kann Repudiation oder Abstinenz sein § 31 (S. 195 ff.).
— des Vermächtnisses ist stets Repudiation § 113 (S. 726 ff.).

B.

Bedingungen:
— bei der Erbeinsetzung § 78 (S. 506 ff.), des Notherben § 98 (S. 629 ff.)
— beim Pflichttheil § 98 (S. 637 ff.)
— beim Antritt und bei der Repudiation der Erbschaft § 7 (S. 102).
— bei Vermächtnissen § 113 (S. 728 ff.), § 138 (S. 809 ff.).
— als Mittel einer Zuwendung mortis causa: conditionis implendae causa datum § 107 (S. 697 ff.).
— favor bei letztwilligen Verfügungen § 78 (S. 508 Note 4, S. 509), § 83 (S. 549 Note 4), § 143 (S. 826 a. E.).
Beerdigungskosten § 2 (S. 50 Note 1 a. E.).
Befristung, dies:
— bei der Erbeinsetzung § 78 (S. 505), des Notherben § 98 (S. 628).
— beim Pflichttheil § 98 (S. 637 sub c).
— beim Antritt und bei der Repudiation der Erbschaft § 7 (S. 102).
— bei Vermächtnissen § 113 (S. 726, 731).
Begräbnißplätze und **Begräbnißrechte** vererben sich iure proprio, gehören nicht zur Erbschaft § 1 (S. 34, Note 3, 4), § 40 (S. 242 Note 6).
Beneficium abstinendi oder Abstinenzrecht des heres suus § 31:
der Erwerb der Erbschaft mit diesem benef. giebt ihm das Wahlrecht und damit das Deliberationsrecht, ob er die Erbschaft behalten oder den Erwerb rückgängig machen will (S. 195),
ist noch kein **Vermögens**erwerb (S. 196), Nachtr. zu S. 197 Note 1.
Ausübung des Wahlrechts
durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung (u. 197),
Zeit der Ausübung (S. 197),
durch Stellvertreter (S. 197),
Ungültigkeit (S. 197).
Unveräußerlichkeit des Wahlrechts (S. 198).
Vererblichkeit des Wahlrechts (S. 201).
Verlust des Wahlrechts:
durch einmalige Erklärung, die Erbschaft behalten zu wollen, Widerruflichkeit der Abstinenz (S. 198),
wegen Indignität (S. 198 Note 1),
wegen eigennütziger Beseitigung von Erbschaftssachen (S. 198 Note 2)
Wirkung der Abstinenz (S. 199 ff.).
Beneficium deliberandi
— des heres extraneus § 16 (S. 135 ff.),
— des heres suus § 31 (S. 197 Note 10,
— des Testamentserben gegenüber dem Notherben § 16 (S. 135)
Beneficium inventarii § 34:
Voraussetzungen (S. 209 ff.). Nachtr. zu S. 211 Note 6.
Wirkungen (S. 212 ff.). Nachtr. zu S. 212 sub II, 1, zu S. 213 Z. 11 v. o., zu S. 216 Note 3.
Beneficium separationis der Erbschaftsgläubiger § 35,
begründet ein Wahlrecht (S. 218),
Ausübung durch ein Gesuch an den Richter (S. 218 ff.),
Ertheilung durch den Richter (S. 219 ff.).
Personen, denen es zusteht (S. 220).
Verlust desselben (S. 221).
Berechnung der Falcidischen Quart § 121 (S. 758 ff.)

Berufung zur Erbschaft § 3:
— Gründe der Berufung (S. 60 ff.).
— Fähigkeit (S. 62 ff.) s. Erbfähigkeit u. Capacität.
— Wirkungen der Berufung (S. 74 ff.).
Besitz des Erbrechts: possessio hereditatis § 48 (S. 293 ff.).
Besitzeinweisung in die Erbschaft aus possessorischen Universalklagen § 47 (S. 287 ff.).
Bestandtheile der Erbschaft § 1 (S. 28 ff.), Nachtr. zu S. 29 Note 6, S. 31 Note 2, S. 38 Note 6, S. 44 Note 3.
Bevollmächtigter, Erbschaftsantritt durch denselben § 10 (S. 116 ff.)
Beweis
— bei der querela inofficiosi testamenti § 101 (S. 658 sub IV).
— bei der hereditatis petitio § 50 (S. 314 ff.)
— bei der Einmischung (immixtio) in die Erbschaft § 31 (S. 198 Note 5).
— des Todes § 1 (S. 40 Note 1), § 9 (S. 111 Note 6), § 50 (S. 315 Note 1).
Blindheit:
Testament eines Blinden § 70 (S. 445 sub II),
Codicill eines Blinden § 108 (S. 712),
blinde Testamentszeugen § 69 (S. 437 Note 2).
Blutschänderische Verbindung als Grund der Erbunfähigkeit § 3 (S. 63 Note 1 sub d).
Blutsverwandtschaft als Berufungsgrund für die Erbfolge, § 59 (S. 385 ff.).
Bona
— adventicia u. castrensia: Testirfähigkeit der Hauskinder über sie § 67 (S. 429 ff.).
— ereptoria § 18, 19 (S. 146 ff., S. 155 ff.).
— intelliguntur quae deducto aere alieno supersunt. S. Activvermögen.
— vacantia § 65 (S. 415 ff.).
Bonorum possessio
aus der bedingten Erbeinsetzung
— § 57 (S. 377 ff.).
aus dem interdictum quorum bonorum § 53 (S. 351 ff.).
— aus der missio Hadriana § 53 (S. 357 ff.).
— Carboniana § 54 (S. 360 ff.)
— furiosi nomine § 56 (S. 374 ff.).
— unde vir et uxor § 62 (S. 398), § 63 (S. 408).
— ventris nomine § 55 (S. 368 ff.).
Bonorum possessiones u. hereditates § 3 (S. 75 ff.).
Brautkinder, ihre erbrechtliche Gleichstellung mit den ehelichen § 61 (S. 395 Note 8).

C.

Caduceum § 3 (S. 69 Note 2).
Caelibes § 3 (S. 69 Note 1).
Calumnieneid beim interdictum de tabulis exhibendis § 87 (S. 582).
— beim Oralfideicommiß § 109 (S. 715).
Capacität § 3 (S. 68 Note 3, 4).
Capio mortis causa Einleitung (S. 25), § 107 (S. 697).
Capitis deminutio, Verlust der Testirfähigkeit durch sie § 67 (S. 432).
Captatorische Verfügungen § 73 (S. 473 ff.).
Carbonianisches Edict § 54 (S. 360 ff.).
Catonianische Regel § 111 (S. 718 ff.).
Causa letztwilliger Verfügungen § 73.
— als Motiv (S. 467 ff.).
Causa als Voraussetzung (S. 470 ff.).
Cautela Socini § 98 (S. 639).
Cautio legatorum servandorum causa § 116 (S. 744 ff.).
— Muciana § 57 (S. 381).
Centumviralgericht § 91 (S. 599, 600).
Clausula, derogatoria § 66 (S. 423).
— codicillaris § 66 (S. 423), § 101 (S. 660), § 124 (S. 773 ff.).
Codicilli, Begriff, Inhalt, Form § 66 (S. 424), § 109 (S. 711).
— Testaments- und Intestatcodicille § 109 (S. 712 ff.).
— testamento confirmati und non confirmati (S. 712 ff.).
— in futurum u. in praeteritum confirmati (S. 712 ff.).

Cognaten, ihre Berufung zur Erbschaft § 59 (S. 385 ff.)
Cognition, summarische bei der missio Carboniana § 54 (S. 362).
Collateralen, Intestaterbrecht derselben § 59 (S. 385), § 63 (S. 403 ff., S. 407, 408).
Collationsverbindlichkeit,
Zweck u. juristische Natur § 41 (S. 246 ff.).
Gegenstand § 42 (S. 263 ff.).
Subjecte § 43 (S. 265 ff.).
Collegatare § 117 (S. 747 ff.), des Prälegatars § 108 (S. 707 ff.).
Color insaniae § 91) S. 600 Note 3).
Commercium
des Erben, Einleitung (S. 14 Note 2), § 32 (S. 203 Note 5).
— des Legatars § 111 (S. 721 ff.).
Commorienten, § 1 (S. 40 a. E.).
Communio der Miterben § 36 (S. 221 ff.). S. Gemeinschaft.
Concubinenkinder § 61 (S. 396).
Concursus duarum lucrativarum causarum § 125 (S. 780 Note 3).
Condictio aus der mortis causa donatio § 141 (S. 820 ff.).
Conditio, s. Bedingung.
Conditionis implendae causa datum,
— Unterschied vom Vermächtniß § 107 (S. 697 ff.).
— Belastung mit Vermächtnissen § 108 (S. 700).
— Einrechnung in den Pflichttheil § 98 (S. 634 Note 4, 5).
Coniunctio (re, verbis, re et verbis) bei Erbeinsetzungen § 30 (S. 192 ff.), § 75 (S. 487 sub 1).
— bei Vermächtnissen § 117 (S. 748 ff.).
Conlux binubus. § 3 (S. 71 ff.).
Consanguinei Einleitung (S. 7), § 91 (S. 601), § 103 (S. 678).
Constitutio de incertis personis § 3 (S. 67 Note 1).
Conversion des Testaments in ein Codicill § 66 (S. 424), § 124 (S. 773 ff.).
Corporationen,
— ihre Erb- u. Vermächtnißfähigkeit § 3 (S. 66), § 108 (S. 701).
— ihr Recht an den bona vacantia § 65 (S. 416).
Correctionssystem s. Additionalsystem.
Correspectives Testament § 84 (S. 554 ff.).
Curator
— der hereditas iacens § 2 (S. 55 sub II).
— ex Carboniano edicto § 54 (S. 365 Note 3).
— ventris nomine § 55 (S. 369).
— furiosi nomine § 56 (S. 374 ff.).

D.

Debitum legatum § 136 (S. 802 ff.).
Declaratorische Wirkung der Todeserklärung § 1 (S. 40 Note 1).
Deductio bei der Restitution der Erbschaft § 77 (S. 501), § 139 (S. 814 sub 1).
Delation
— der Erbschaft § 4.
Natur, Voraussetzung, Gegenstand (S. 76 ff.)
Delationsgründe, ihr Verhältniß zu einander § 5 (S. 87 ff.)
provisorische § 9 (S. 111 ff.)
successive § 20 (S. 158), § 64 (S. 409 ff.)
— der Quarta Falcidia § 119 (S. 753).
— des Vermächtnisses § 114 (S. 733 ff.).
Deliberationsfrist § 16 (S. 135 ff.), Nachtr. zu S. 140 Z. 13 v. o., § 114 (S. 735 ff.)
Delictsobligationen, Vererblichkeit § 1 (S. 35 ff.).
Denkmal, Anordnung der Errichtung § 66 (S. 422).
Descendenten,
— Collationspflicht derselben § 41 (S. 246 ff.), § 43 (S. 265 ff.).
— Intestaterbfolge derselben § 63 (S. 399 ff.).
— ihr Notherbenrecht § 96 ff. (S. 622 ff.).
Dies bei Erbeinsetzungen § 78 (S. 505 ff.).
Dies legati cedens u. venicus § 113 (S. 726 ff.).

Dilucida intervalla eines furiosus:
— ſeine Fähigkeit während derſelben, die ihm reſervirte Erbſchaft anzutreten oder zu repudiiren § 13 (S. 128 ff.).
— ſeine Teſtirfähigkeit während derſelben § 67 (S. 427, S. 430).
Divisio parentum inter liberos § 71 (S. 451 ff.)
Domcapitel, Erbfähigkeit derſelben § 3 (S. 67 Note 1 a. E.).
Donatio
— als Erforderniß eines Vermächtniſſes § 107 (S. 693 ff.)
— inofficiosa § 102 (S. 672 ff.).
Donatio
— mortis causa, Einleitung (S. 23 ff.), § 66 (S. 421), § 141 (S. 819).
— propter nuptias, Collation derſelben § 42 (S. 263).
— Einrechnung in den Pflichttheil § 98 (S. 636).
Doppelte Verwandtſchaft § 63 (S. 402 Note 2, S. 406 Note 4).
Dos, Collation, § 42 (S. 263), Einrechnung in den Pflichttheil § 98 (S. 636).
— inofficiosa § 102 (S. 673 ff.).
— praelegata oder relegata, Beſtellung durch Vermächtniß § 132 (S. 795, 794).

E.

Edictum Carbonianum § 54 (S. 360 ff.).
Ehe, als Succeſſionsgrund für die Inteſtaterbfolge § 62 (S. 397 ff.).
Ehrenrechte, Einfluß des Verluſtes auf die Fähigkeit zum Teſtamentszeugniß § 69 (438 Note 3).
Ehrenminderung des inſtituirten Erben: Einfluß auf das Pflichttheilsrecht der Geſchwiſter § 103 (S. 680 Note 3 ff.).
Eigenthumsvermächtniß § 114 (S. 734), § 116 (S. 741), § 126 (S. 781).
Einmiſchung des heres suus in die Erbſchaft § 31 (S. 197 Note 3).
Einrede aus der lex Falcidia § 123 (S. 769).
Einweiſung in den Beſitz der Erbſchaft ſ. bonorum possessio und missio.
Emancipati
— deren Collationspflicht § 41 (S. 247 Note 1).
— deren prätor. Notherbenrecht § 90 (S. 595 ff.).
Enkel
— deren Collationspflicht § 43 (S. 272).
— deren Pflichttheil § 98 (S. 631 Note 2).
Entſchlagungsrecht des heres suus. ſ. beneficium abstinendi.
Enterbung
— Erforderniſſe § 83 (S. 547 ff.).
— pure und sub conditione (S. 549).
Enterbung
— der Notherben des ius civile § 89 (S. 592 ff.).
des ius praetorium § 90 (S. 595 ff.) der Novelle 115 § 99 (S. 640 ff.).
deren bedingte Enterbung § 96 (S. 622), § 99 (S. 642 ff.). Enterbung bona mente § 100 (S. 649 ff.).
Enterbungsgründe § 100 (S. 644 ff.).
— Verzeihung des Enterbungsgrundes § 99 (S. 641).
Erbe
— geſetzlicher, teſtamentariſcher, Notherbe Einleitung S. 2 ff.
— ſeine Berufung zur Erbſchaft. ſ. **Berufung.**
— ſeine Erbberechtigung aus der Delation der Erbſchaft. Einleit. S. 9 ff., § 4 (S. 76 ff.).
— ſein Erbrecht aus der Acquiſition der Erbſchaft. Einleit. S. 11 ff. § 33 (S. 206) ſ. **Acquiſition.**
— ſeine Univerſalſucceſſion als Form für die Erbfolge. Einleit. S. 3, § 32 (S. 202 ff.).
— ſein Rechtsverhältniß zu den Erbſchaftsgläubigern: beneficium inventarii § 34 (S. 208 ff.)
beneficium separationis § 35 (S. 218 ff.)
zu den Miterben: aus der communio § 36 ff. (S. 221 ff.), aus der Collationsverbindlichkeit § 41 (S. 246 ff.).

Erbe
— seine provisorische Einweisung in den Besitz der Erbschaft. s. bonorum possesio u. **Besitzeinweisung.**
— seine Veräußerung der deferirten u. acquirirten Erbschaft § 17 (S. 142 ff.), § 45 (S. 279 ff.).
Erbberechtigung aus der Delation Einleitung (S. 11).
— giebt das Wahlrecht zwischen Antritt u. Repudiation der Erbschaft § 4 (S. 77 ff.).
— ist kein Vermögensrecht (S. 84).
— Ausübung durch Erklärung des Antritts oder der Repudiation § 6 (S. 94).
— Repudiation des Delaten kann von seinen Gläubigern nicht wegen Verkürzung angefochten werden § 4 (S. 85), Nachtr. zu S. 85 Note 6. S. übrigens Antritt u. Repudiation.
Erbeinsetzung
— Begriff und Erfordernisse § 74 (S. 480), § 73 (S. 462).
— einer Stiftung § 74 (S. 484 N. 4 ff.).
— der hereditas iacens (S. 486).
— Mehrerer § 75 (S. 487 ff.).
— auf zu wenig oder zu viel Quoten § 76 (S. 488).
— auf einzelne Vermögensstücke (certae res) § 77 (S. 492 ff.).
— excepta re certa u. exepto usufructu (S. 503).
— Nebenbestimmungen:
dies a quo u. ad quem § 78 (S. 505 ff.).
conditio suspensiva (S. 506), § 57 (S. 377 ff.)
insbesondere conditio non faciendi u. cautio Muciana § 57 (S. 379 ff.) unmögliche und unerlaubte Bedingung § 78 (S. 506 ff.), Erfüllung der Bedingung (S. 508 ff.)
conditio resolutiva (S. 509 ff.)
Voraussetzung (§ 511 ff.)
— Einfluß der Motive des Willens (Zwang, Betrug), Unterschied zwischen Motiv und Voraussetzung § 73 (S. 467 ff., S. 470 ff.).
Erbfähigkeit § 3 (S. 62 ff.).
— Intestaterbfähigkeit (S. 63 ff.) Nachtr. zu S. 63 Note 1.
— Testam. Erbfähigkeit § 3 (S. 65 ff.).
Erbfolge
— Begriff Einleitung (S. 2 ff., S. 11, 12).
— Intestaterbfolge § 58 ff. (S. 383 ff., außerordentliche § 65 (S. 415 ff.).
— Testamentarische § 66 ff. (S. 419 ff.).
— Notherbfolge § 88 ff. (S. 587 ff.).
Erbrecht
— Begriff Einleitung (S. 1, 11, 12), § 33 (S. 206 ff.).
Erbschaft
— Begriff u. Bestandtheile § 1 (S. 28 ff.). s. Bestandtheile.
— Anfall u. Erwerb, s. Berufung u. Acquisition.
— Ausschlagung, s. Antritt u. Repudiation.
— Entschlagung, s. Abstinenzrecht.
— erblose § 65 (S. 416), § 106 (S. 692).
— ruhende § 2 (S. 44 ff.):
sie ist herrenlos, keine juristische Person (S. 45 ff., S. 56 Note 2, 3)
Cura (S. 47).
Principien für ihre Erwerbsfähigkeit, wenn sie einen Curator hat und wenn sie ihn nicht hat (S. 47 ff., S. 55 ff.).
deutschrechtliche Cura bei Verschollenheit des Erblassers (S. 56 ff.).
— Theilung § 36 ff. (S. 221 ff.).
— Veräußerung einer deferirten und einer acquirirten Erbschaft § 17 (S. 142 ff.), § 45 (S. 279 ff.).
Erbschaftsvermächtniß, s. Universalvermächtniß.
Erbschaftsvertrag über die noch nicht deferirte Erbschaft eines lebenden Dritten § 3 (S. 61 Note 1 a).
Erbtheilung § 36 ff. (S. 221 ff.).
Erbunwürdigkeit, s. Indignität.
Erbvertrag § 3 (S. 61 ff.).
Erbverzicht § 3 (S. 61 Note 1).
Ergänzungsklage, s. actio suppletoria.
Eröffnung und Vollziehung des Testaments § 87 (S. 581 ff.).
Erwerb der Erbschaft, s. Acquisition.
Erwerbsunfähigkeit, s. Incapacität.
Exceptio si (quod) in ea re praeiudicium hereditati non fiat § 49 (S. 305 ff.).
Executor testamenti, s. Testamentsexecutoren.
Exheredatio, s. Enterbung.

F.

Facultas testamenti faciendi, s. Testirfähigkeit.
Falcidisches Gesetz
— Recht auf die Quart § 119 (S. 752);
ist als eine Delation kein Vermögensrecht (S. 755 Note 1).
Ausschließung und Aufhebung des Rechts § 120 (S. 755 ff.).
— Berechnung der Quart § 121 (S. 758 ff.).
bei mehreren Erben § 122 (S. 766 ff.)
bei Untheilbarkeit des Vermächtnisses § 119 (S. 753).
— Schutz des Rechts auf die Quart § 123 (S. 768 ff.).
Falsa causa § 74 (S. 470 Note 6, 7).
— demonstratio non nocet § 73 (S. 464 Note 8).
Familienbegräbniß § 1 (S. 34 Note 4.).
Familienfideicommiß § 112 (S. 724 ff.).
Favor voluntatis defuncti § 66 (S. 420 Note 5), § 73 (S. 463 Note 1, 2).
Fiction § 2 (S. 57 Note sub 2).
— codicillarrechtliche § 108 (S. 712 Note 7 a. E.).
— retrotractive § 44 (S. 276 Note 3).
Fideicommissum und legatum, s. Vermächtniß.
— hereditatis oder hereditas fideicommissaria, s. Universalvermächtniß.
— heredi praesenti iniunctum, s. Oralfideicommiß.
— eius quod superfuturum erit § 139 (S. 816).
Fideicommissaria substitutio
— bei Erbschaften § 79 (S. 514).
— bei Vermächtnissen § 112 (S. 723 ff.).
Fiduciar Einleitung (S. 21), § 137 (S. 807).
Fiscus an Erbesstatt § 106 (S. 692).
Forderungsvermächtniß § 114 (S. 734), § 116 (S. 740), § 126 (S. 786, 787).
Form des Antritts u. der Repudiation der Erbschaft § 6 (S. 94 ff.)
— der m. c. donatio § 142 (S. 822 sub 3).
— des Testaments § 68 ff. (S. 434 ff.).
— der Codicille § 109 (S. 711 ff.)
Frauen, ihre Unfähigkeit zum Testamentszeugniß § 69 (S. 437 Note 5).
Frist für Antritt oder Repudiation der Erbschaft § 16 (S. 135 ff.) § 26 (S. 168 ff.).
— zur Inventarserrichtung § 34 (S. 209 ff.).
— zur Wahl beim legatum optionis § 129 (S. 790).
Früchte
— der Erbschaft während der hereditas iacens § 2 (S. 48 Note 3), bei der hereditatis petitio § 51 (S. 338 ff., S. 342 ff.)
— bei der Collation § 41 (S. 257).
— bei der Vermächtnißforderung § 116 (S. 742).
— Einrechnung in die Quarta Falcidia § 121 (S. 763 a. E.).
— bei der Restitution der Erbschaft als Universalvermächtniß § 139 (S. 814).
— bei der Exception wegen Indignität. § 19 (S. 157).
Furiosi,
— Erwerb der angefallenen Erbschaft § 13 (S. 127 ff.).
— missio furiosi nomine § 56 (S. 374 ff.)
— Testirunfähigkeit § 67 (S. 427 Note 2, 3).

G.

Geistliche, Berufung der Kirche zu ihrem erblosen Nachlaß § 65 (S. 416).
Geisteskranke, s. Furiosi.
Geldsumme als Gegenstand eines Vermächtnisses § 128 (S. 789).
Gelegenheitsgeschenke bei der Collation § 42 (S. 264 Note 7).
Gemeinschaft der Erbschaft, Rechtsverhältnisse der Miterben aus ihr § 36—42 (S. 221—272).

Gemeinschaftliche Testamente § 84 (S. 551 ff.).
Gerichtliches Testament § 72 (S. 459).
Germani § 63 (S. 404 Note 2), § 108 (S. 678).
Geschlechtsunreife, s. Impuberes.
Geschwister
— ihr Intestaterbrecht § 63 (S. 403 ff., S. 407 ff.).
— ihr Pflichttheilsrecht § 103 (S. 678 ff.)
Geschwisterkinder, ihr Intestaterbrecht § 63 (S. 403 ff., S. 407 ff.).

H.

Halbbürtige Geschwister, ihr Intestaterbrecht §63 (S. 407 ff.).
Handlungsunfähige, deren Vertretung beim Erbschaftserwerb § 10 (S. 116 ff.), § 11 (S. 122 ff.), § 12 (S. 125), § 13 (S. 127), § 14 (S. 130), § 15 (S. 134).
Hartherzigkeit des Testamentszeugen § 69 (S. 437 Note 4).
Hauskinder
— Erbschaftserwerb § 11 (S. 122 ff.), s. Antritt.
— Testirfähigkeit § 67 (S. 429).
Heredi a semet ipso inutiliter legatur § 108 (S. 704).
Heredis institutio, s. Erbeinsetzung.
Heredis substitutio § 79 (S. 512 ff.).
Hereditas, s. Bonorum possessio u. Erbschaft.
Hereditatis petitio,
— Klagegrund und Klageveranlassung: h. p. ab intestato, testamentaria, fideicommissaria, universalis u. partiaria § 48 (S. 289 ff.).
Hereditatis petitio,
— Kläger und Beklagter § 49 (S. 302 ff.), Stellung der Parteien während des Erbschaftsstreits zu dritten Personen (S. 312 ff.).
— Beweis § 50 (S. 314 ff.).
— Gegenstand und Haftung des Beklagten § 51 (S. 329 ff.), exceptio si praiudicium hereditati non fiat § 49 (S. 305, 307 ff.).
— ex causa inofficiosi testamenti § 101 (S. 654).
Heres
— fiduciarius (directus) u. fideicommissarius (indirectus) Einleitung S. 21, § 137 (S. 807).
— suus oder necessarius oder domesticus u. voluntarius oder extraneus Einleitung (S. 8—10), § 31 (S. 195 ff.). Im Uebrigen s. Erbe.
Herrenlose Erbschaft, s. **Bona** vacantia.
Hochverräther, Erbunfähigkeit der Kinder § 3 (S. 63 Note 1 sub b).

I.

Immixtio des heres suus § 31 (S. 197).
Impensae bei der hereditatis petitio § 52 (S. 351).
Impubes arrogatus, anomales Pflichttheilsrecht § 104 (S. 682 ff.)
Incapacität § 3 (S. 68 ff.).
Incerta persona, ihre Honorirung § 3 (S. 67 Note 1), § 73 (S. 476 sub 4), § 74 (S. 482).
Incestuose Ehegatten, ihre Erbfähigkeit § 3 (S. 63 Note 1 sub d).
Indignität
— bei der Erbfolge § 18 ff. (S. 146 ff.).
— bei Vermächtnissen § 115 (S. 740).
— bei der m. c. donatio § 143 (S. 826 Note 1, S. 827 Note 1).
In iure cessio hereditatis § 17 (S. 142 ff.).
Injurie des Verstorbenen § 2 (S. 54 sub 2).
Inofficiositätssystem § 95 (S. 617 ff.).
Insinuation der mortis causa donatio § 142 (S. 822 sub 3).
Institutio heredis, s. Erbeinsetzung.
Interdictum
— de tabulis exhibendis § 87 (S. 582).
— quod legatorum § 118 (S. 751 ff.). § 143 (S. 827 Note 5, 6).
— quorum bonorum § 53 (351 ff.)
Interpretation des letzten Willens, s. Auslegung.
Intervalla dilucida, Testirfähigkeit während derselben § 67 (S. 427 N. 2).

Intestatcodicille § 109 (S. 712).
Intestaterbfolge § 58 ff. (S. 383 ff.).
Inventarisirung der Erbschaft
— bei Erbittung einer Deliberationsfrist § 16 (S. 140 ff.).
— beim Erbschaftsantritt cum beneficio inventarii § 34 (S. 209 ff.).
— beim fideicommissum eius, quod superfuturum erit § 139 (S. 817).
Irreguläre Adventicien, Testirfähigkeit der Hauskinder § 67 (S. 429 Note 5).
Irrthum
— bei Antritt u. Repudiation der Erbschaft § 8 (S. 103 ff.).
— bei letztwilligen Verfügungen § 73 (S. 464 ff., S. 470).
— beim Legat einer species § 126 (S. 781 sub I, S. 787 sub IV.).
— beim legatum debiti § 136 (S. 803 ff.).
Iuramentum in litem § 16 (S. 141 Note 3).
Juristische Personen
— ihre Erb- und Vermächtnißfähigkeit § 3 (S. 66), § 108 (S. 701 sub III).
— welche erst durch den letzten Willen errichtet werden § 74 (S. 484), § 108 (S. 701 Note 6).
Ius abstinendi, s. beneficium abstinendi.
— accrescendi, s. Accrescenzrecht.
— deliberandi § 4 (S. 77).
— hereditarium Einleitung (S. 11), § 33 (S. 206 ff.).
— potestatis Einleitung (S. 9), § 31 (S. 195).
— ius successionis Einleitung (S. 10), § 31 (S. 195).

K.

Kinder, s. Descendenten, uneheliche Kinder, Brautkinder, Concubinenkinder, legitimirte Kinder.
Kirchen. Erbfähigkeit § 3 (S. 66).
— Succession in den erblosen Nachlaß ihrer Geistlichen § 65 (S. 416).
Kirchenstühle. Vererblichkeit des Benutzungsrechts an ihnen § 1 (S. 34 Note 4 a. E.)
Krankheit, ansteckende, s. Testamentum tempore pestis conditum.

S. übrigens Buchstaben C.

L.

Latini, Incapacität § 3 (S. 69 Note 1).
Landesherr, Testamentserrichtung vor ihm § 72 (S. 461 sub II).
Lebensdauer, Berechnung nach l. 68 D. ad legem Falcidiam § 121 (S. 761 sub 4).
Lebenspräsumtion im Fall der Verschollenheit § 14 (S. 132 ff.).
Lebensgefahr, m. c. donatio mit Rücksicht auf eine solche § 142 (S. 821 sub 4).
Legatum u. fideicommissum § 107 (S. 693 Note 2).
— debiti § 136 (S. 802 sub 2).
— generis § 127 (S. 787 ff.).
— liberationis § 136 (S. 804 sub 3).
— nominis § 136 (S. 801 sub 1).
— optionis § 129 (S. 789 ff.).
— partitionis § 137 (S. 806 Note 4).
— poenae nomine relictum § 107 (S. 698).
Legatentheorie, ihre Ausdehnung auf die m. c. donatio § 143 (S. 824 ff.).
Legitimirte Kinder
— ihre Collationspflicht § 43 (S. 265).
— ihr Intestaterbrecht § 61 (S. 395).
— ihr Notherbenrecht § 97 (S. 623).
Lex
— Falcidia, s. Falcidisches Gesetz.
— Iulia et Papia Poppaea § 3 (S. 68 Note 4).
Liberationsvermächtniß, s. legatum liberationis.
Liberi, ihr Notherbenrecht nach ius praetorium § 96 (S. 596 ff.), nach der Novelle 115 § 97 (S. 623).
Lichte Zwischenräume, s. dilucida intervalla.
Loos, Entscheidung durch dasselbe beim legatum optionis an Collegatare § 129 (S. 790 Note 8).

M.

Manifestationseid des Beneficialerben § 34 (S. 216).
— des Beklagten bei der hereditatis petitio § 50 (S. 320 Note 2).
Mandat zum Antritt oder zur Repudiation der Erbschaft § 10 (S. 116 ff.).
Mehrfache Verwandtschaft des Intestaterben mit dem Erblasser § 63 (S. 402, S. 406).
Militärtestament § 71 (S. 453 ff.).
Militia als Collationsgegenstand § 42 (S. 263).
Minderjährige, Antritt und Repudiation der Erbschaft § 12 (S. 125 ff.).
Missio
— Antoniniana § 116 (S. 745).
— ex Carboniano edicto § 54 (S. 360 ff.).
— furiosi nomine § 56 (S. 374 ff.).
— Hadriana § 53 (S. 351 ff.).
— legatorum servandorum causa § 116 (S. 744 sub b).
Missio
— ventris nomine § 55 (S. 368 ff.).
Miterben, ihre Rechtsverhältnisse § 36 ff. (S. 221 ff.).
— ihr Accrescenzrecht § 29, 30 (S. 177 ff.).
Mittestator beim gemeinschaftlichen Testament § 84 (S. 551 ff.).
Modus bei der Erbeinsetzung § 78 (S. 511 ff.).
— bei Vermächtnissen § 113 (S. 732 sub IV).
Mortis causa donatio § 141 ff. (S. 819 ff.).
Motive bei letztwilligen Verfügungen § 73 (S. 467 ff.).
Mucianische Caution, s. Cautio.
Mündliches Testament § 69 (S. 441 sub 1), § 72 (S. 459 sub I).
Mystisches Testament § 74 (S. 483).
— Legat § 109 (S. 715).

N.

Nachlaßcurator § 2 (S. 47, S. 55 sub II).
Nasciturus § 4 (S. 80 Note 3, 4 ff.), § 55 (S. 368 ff.), § 97 (S. 625 a. E.).
Nebenbestimmungen bei Erbeinsetzungen u. bei Vermächtnissen § 78 (S. 504 ff.). § 113 (S. 726 ff.).
Necessarius heres, s. heres.
Negative Potestativbedingungen
— bei Erbeinsetzungen § 57 (S. 379 ff.).
— bei Vermächtnissen § 113 (S. 731).
Nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest § 32 (S. 202).
— proe parte testatus, pro parte intestatus decdere potest § 5 (S. 87 ff.), § 32 (S. 203).
— sibi ipse causam possessionis mutare potest § 48 (S. 297 Note 5).
Nichtigkeit des Testaments § 85 (S. 564 ff.).
Nondum concepti § 3 (S. 64, S. 67 ff.).
Notherbfolge
— Prätéritionssystem nach ius civile § 89 (S. 590),
Notherbfolge
nach ius praetorium § 90 (S. 595 ff.).
— Inofficiositätssystem nach ius civile § 91 (S. 598 ff.),
nach ius praetorium § 92 (S. 603 ff.).
— Reformen beider Systeme durch Justinian § 93 (S. 604 ff.)
— Umgestaltung durch die Novelle 115 § 94, 95 (S. 608 ff., S. 617 ff.).
— nach gemeinem Recht § 96 ff. (S. 622 ff.):
das Recht der Descendenten und Ascendenten § 96 und 97 (S. 622 ff.)
das Recht auf Erbeinsetzung und Pflichttheil § 98 (S. 627 ff.).
Ausschließung vom Notherbenrecht Form u. Gründe § 99, 100 (S. 640 ff.)
Verletzung u. Schutz des Rechts auf Erbeinsetzung § 101 (S. 651 ff.)
Verletzung des Rechts auf den Pflichttheil § 102 (S. 668 ff.).
das Recht der Geschwister § 103 (S. 678 ff.)

Notherbfolge, anom. Pflichttheilsrechte des arrogatus impubes § 104 (S. 682 ff.),
der armen Wittwe § 105 (S. 686 ff.).
Nullitätssystem § 95 (S. 617).
Nuncupativum testamentium § 69 S. 441).

O.

Octavus subscriptor § 70 (S. 445 sub I, II).
Oeffentliche Testamente § 72 (S. 459 ff.).
Offenbarungseid, s. Manifestationseid.
Omittere hereditatem § 6 (S. 94 Note 5).
Onerirter oder Vermächtnißträger, s. Vermächtniß.
Optio legata, s. legatum optionis.
Oralfideicommiß § 109 (S. 715 ff.)
Orbi § 3 (S. 69 Note 3).

P.

Parens manumissor § 63 (S. 408 Note 3), § 92 (S. 603 sub 2).
Parentes § 96, 97 (S. 622, 623).
Partitio legati § 137 (S. 806 Note 4).
Pfandrecht des Legatars § 116 (S. 744 sub a).
Pflichttheilsrecht
— der Descendenten und Ascendenten § 98 (S. 630 ff.).
— der Geschwister § 103 (S. 679 ff.).
— anomales § 104 ff. (S. 682 ff.), s. Notherbfolge.
Poenae nomine relictum § 107 (S. 698).
Portio legitima § 91 (S. 599).
Postumi sui § 31 (S. 195 ff.), § 89, 90 (S. 592 ff., 596 ff.), § 97 (S. 625 sub 3).
Potestativbedingung bei der Erbeinsetzung eines Notherben § 98 (S. 629).
— bei der Erbeinsetzung des Fiduciars § 138 (S. 809).
Prälegat § 108 (S. 704 ff.), § 139 (S. 813), § 37 (S. 231).
Praemium emancipationis § 63 (S. 400 Note 1).
Präteritionssystem, s. Notherbfolge.
Privattestamente § 68 (S. 435).
— regelmäßiges § 69 (S. 435 ff.).
— außerordentliche § 70 (S. 445 ff.).
— privilegirte § 71 (S. 446 ff.).
Pro herede gestio § 6 (S. 95 ff.).
Pupillarsubstitution § 81 (S. 522 ff.).

Q.

Quaestio Domitiana § 69 (S. 436 Note 1).
Quart der armen Wittwe § 105 (S. 686 ff.).
Quarta divi Pii § 104 (S. 682 ff.).
— Falcidia, s. Falcidisches Gesetz.
— Trebelliana § 119 (S. 753), § 121 (S. 765), § 139 (S. 816).
Quasipupillarsubstitution § 82 (S. 541 ff.).
Querela inofficiosae donationis s. dotis § 102 (S. 674 ff.).
— inofficiosi testamenti § 91 (S. 601 ff.), § 101 (S. 657 ff., 660 Note 2), § 124 (S. 774 Note 3, 4).

R.

Rechtswohlthat des Inventars, s. beneficium inventarii.
Regiment, Succession in die bona vacantia § 65 (S. 416 Note 5).
Regula Catoniana, s. Catonianische Regel.
Rentenvermächtniß § 133 (S. 796 ff.).
Repräsentationsrecht bei der Intestaterbfolge § 63 (S. 400 Note 5, S. 404 Note 6).
Repudiation der Erbschaft, s. Antritt.
— des Vermächtnisses, s. Agnition.

Resolutivbedingung
— bei Antritt oder Repudiation der Erbschaft § 7 (S. 102).
— bei Erbeinsetzungen § 46 (S. 284 sub 1), § 78 (S. 509 ff.)
— bei der m. c. donatio § 141 (S. 821 sub 3).
— bei Vermächtnissen § 113 (S. 731 sub III).

Responsio Celsina § 69 (S. 436 Note 1).
Restitution des Universalvermächtnisses § 139 ff. (S. 811).
Revocation, s. Widerruf.
Rogation der Testamentszeugen § 69 (S. 436 sub 1.
Rückwirkende Kraft des Erbschaftserwerbes § 44 (S. 273 ff.).
Ruhende Erbschaft, s. Erbschaft.

S.

Schenkungen auf den Todesfall, s. **Donatio** mortis causa.
— Collation § 42 (S. 263 ff.).
— Einrechnung in den Pflichttheil § 98 (S. 634, 636).
— Verletzung des Pflichttheilsrechts durch sie § 102 (S. 672 ff.).
S. im Uebrigen: donatio.
Schreibensunkundige, Testamentserrichtung § 70 (S. 445).
Schriftliches Testament § 69 (S. 441)
Schuldvermächtniß, s. legatum debiti.
Schwerhörige, s. Harthörigkeit.
Semel heres semper heres § 46 (S. 284).
Senatusconsultum:
— Iuventianum § 49 (S. 307), § 50 (S. 326), § 51 (S. 331 ff.).
— Libonianum § 73 (S. 466 Note 2 ff.).
— Pegasianum § 138 (S. 808 Note 4).
— Trebellianum § 137 (S. 807 sub 3), § 139 (S. 813).
Separatio bonorum, s. beneficium separationis.
Sicherheitsleistung für das Vermächtniß, s. Cautio.
Simulation bei Antritt oder Repudiation der Erbschaft § 8 (S. 104).
Singularklagen
— des Erben, Einleitung (S. 19), § 47 (S. 287), § 48 (S. 300 ff.), § 49 (S. 305 sub II, S. 309 ff.), § 50 (S. 327 ff.).
— gegen den Erben § 49 (S. 312 ff.).
Soldatentestament, s. Militärtestament.
Solidarobligation beim legatum debiti § 136 (S. 802 sub 2).
Spatium deliberandi, s. Deliberationsfrist.
Städelsches Testament § 74 (S. 484 Note 5).
Stellvertretung bei Antritt nnd Repudiation der Erbschaft, s. Antritt.
— bei der Testamentserrichtung § 67 (S. 433 ff.).
Stillschweigende Erklärung der Erbeinsetzung § 74 (S. 481 Note 5).
Studienkosten als Collationsgegenstand § 42 (S. 264 Note 5).
Stumme, Unfähigkeit zum Testamentszeugniß § 69 (S. 437 Note 3).
Substituten haben Anspruch auf Ertheilung einer Deliberationsfrist für die Vorerben § 16 (S. 138 Note 2).
Substitutio directa § 79 (S. 514).
— duplex § 81 (S. 529 ff.).
— exemplaris § 82 (S. 541).
— fideicommissaria § 79 (S. 514), § 112 (S. 723 sub 2).
— Iustinianea § 82 (S. 541).
— precaria § 112 (S. 723 sub 2).
— pupillaris § 81 (S. 523).
— quasi pupillaris § 82 (S. 541).
— tacita § 81 (S. 530).
— vulgaris § 79 (S. 513).
Substitutionen:
— directe und fideicommissarische bei Erbeinsetzungen § 79 (S. 514),
— die Pupillarsubstitution, Begriff § 81 (S. 522), Grundsätze für dieselbe (S. 522 ff.), duplex u. tacita (S. 529 ff.).
— die Quasipupillarsubstitution § 82 (S. 541).
— Vulgarsubstitution § 80 (S. 514 ff.).
— directe u. fideicommissarische Substitution bei Vermächtnissen § 112 (S. 723 ff.).
Substitutus substituto est substitutus et instituto § 80 (S. 519), § 81 (S. 539), § 112 (S. 724).

Subſtitutionsportion bei Berechnung der Quarta Falcidia § 121 (S. 763 sub III), § 122 (S. 767 ff.).
Successio ordinum et graduum § 64 (S. 409 ff.).
— in querelam inofficiosi testamenti § 101 (S. 655 Note 1).
Succeſſive Berufung § 58 (S. 384).
— Vermächtniſſe § 112 (S. 724 ff.), § 139 (S. 813).
Summatim cognoscere § 54 (S. 362 Note 3).
Suspenſivbedingung, ſ. Bedingung.

T.

Tacitum fideicommissum § 18 (S. 149 sub 10).
Taube, unfähig zum Teſtamentszeugniß § 69 (S. 437 Note 3).
Taubſtumme, Teſtirfähigkeit § 67 (S. 428 Note 3).
Tempus deliberandi § 16 (S. 135 ff.).
Teſtament, Begriff § 66 (S. 419 ff.).
— Fähigkeit zur Errichtung (testamenti factio) § 67 (S. 426 ff.).
— Form § 68 (S. 434 ff.), des canoniſchen Rechts (S. 435 Note 2).
Privatteſtamente, regelmäßige Form § 69 (S. 435), mündliches, ſchriftliches (S. 441), Erforderniß der unitas actus (S. 439), Teſtamentszeugen (S. 435), unfähige (S. 436 ff.), wer allgemein für fähig gehalten wird, deſſen Fähigkeit darf nachträglich nicht beſtritten werden (S. 439).
Außerordentl. Privatteſtamente § 70: T. eines Schreibunkundigen (S. 445 sub I), eines Blinden (S. 445 sub II).
Privilegirte Privatteſtamente § 71: auf dem Lande errichtet (S. 446 sub I), parentum inter liberos (S. 448 sub II), an einem Orte errichtet, wo eine anſteckende Krankheit herrſcht (S. 452), Militärteſtament (S. 453 ff.), zu Gunſten von Kirchen und milden Stiftungen (S. 458 sub V).
Oeffentliche Teſtamente § 72: vor Gericht errichtet (S. 459 ff.), vor dem Landesherrn (S. 461 sub II).
— Inhalt des Teſtaments:
Allgemeine Grundſätze § 73 (S. 462 ff.).
Erbeinſetzung § 74, ſ. Erbeinſetzung.
Subſtitutionen § 79 ff., ſ. Subſtitutionen.
Enterbung § 83, ſ. Enterbung.
Gemeinſchaftliches Teſtament § 84 (S. 551 ff.), wechſelſeitiges (S. 553 ff.), correſpectives (S. 555 ff.).
— **Ungültigkeit** des Teſtaments § 85, insbeſondere durch Verluſt der Teſtirfähigkeit (S. 565 sub II), durch Widerruf (S. 568 sub 2), Widerruf durch Errichtung eines neuen Teſtaments (S. 569 ff.), durch Zerſtörung der Teſtamentsurkunde (S. 571 ff.), durch Unwirkſamkeit u. Reſciſſion der Erbeinſetzungen (S. 574).
Anerkennung eines ungültigen Teſtaments § 86 (S. 575 ff.).
— **Vollziehung** des Teſtaments, ſ. Eröffnung.
Testamenti factio, activa u. passiva § 67 (S. 426 Note 2).
— bei der m. c. donatio § 142 (S. 822).
Teſtamentsexecutoren § 87 (S. 583 ff.).
Teſtamentspublication § 87 (S. 582).
Teſtamentsurkunde § 69 (S. 441 ff.).
Teſtamentszeugen § 69 (S. 435 sub I).
Testamentum ad pias causas § 71 (S. 458).
— allographum § 69 (S. 441 sub 2 a).
— canonicum § 68 (S. 435 Note 2).
— correspectivum § 84 (S. 554 ff.).
— destitutum oder desertum § 85 (S. 574 sub III 1).
— holographum § 69 (S. 441 sub 2 a).
— imperfectum § 85 (S. 570 a. E.).
— iniustum § 85 (S. 564 sub I).
— inofficiosum § 91 (S. 599), § 94 (S. 613 ff.).
— irritum § 85 (S. 566).
— iure perfectum § 85 (S. 569 Note 4).
— militis, ſ. Militärteſtament.

Testamentum
— mysticum, s. Mystisches Testament.
— non iure factum § 85 (S. 564).
— nuncupativum in scripturam redactum § 69 (S. 441).
— parentum inter liberos § 71 (S. 448 ff.).
— principi u. iudici oblatum § 72 (S. 459, 461).
— pupillare § 81 (S. 532 a. E.).
— quasi pupillare § 82 (S. 544).
— reciprocum § 84 (S. 553 sub 2).
— ruptum § 85 (S. 569 Note 4, S. 570 Note 6).
— ruri conditum § 71 (S. 446 sub I).
— simultaneum § 84 (S. 551).
— tempore pestis conditum § 71 (S. 452 sub III).
Testes idonei u. rogati § 69 (S. 436 Note 1 ff.).
Testirfähigkeit § 67 (S. 426 ff.)
Theilung der communio der Erben. Universal- u. Singulartheilungsklage § 36 (S. 221 ff.).
Titel des Besitzes von res hereditariae, universelle Titel § 48 (S. 294 ff.), Singulartitel (S. 300 ff.).
Tod einer vermögensfähigen Person ist Voraussetzung für die Existenz einer Erbschaft § 1 (S. 40).
Todespräsumtion u. **Todeserklärung**
— bei der Beerbung eines Verschollenen § 4 (S. 40 Note 1).
— bei der Berufung eines Verschollenen zur Erbfolge § 14 (S. 131 ff.).
Todtgeburt bei der missio ventris nomine § 55 (S. 373).
Translatio legati § 125 (S. 778).
Transmissio der Erbberechtigung auf die Erben des Delaten § 23 (S. 160):
transmissio ex capite in integrum restitutionis § 24 (S. 161 ff.).
Theodosiana § 25 (S. 164 ff.).
Iustinianea § 26 (S. 168 ff.).
— auf andere Personen:
transmissio ex capite infantiae § 27 (S. 173 ff.).
ex iure patrio § 28 (S. 176 ff.).
Trebellianische Quart, s. Quarta Trebelliana.
Trunkene, Testirfähigkeit § 67 (S. 427 Note 4).
Turpitudo, s. Ehrenminderung.

U.

Ueberlegungsfrist, s. Deliberationsfrist.
Ueberschuldung der Erbschaft § 33, 34 (S. 207 ff.).
— des Erben § 35 (S. 218 ff.).
Uneheliche Kinder § 61.
— haben nur ein gesetzliches Vermächtnißrecht, kein Intestaterbrecht gegen den Vater (S. 396 ff.).
— die den ehelichen gleichstehen (S. 395).
Unerlaubte Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen § 78 (S. 507 Note 1).
Ungeborener Erbe, dessen Einweisung in den Besitz der Erbschaft, s. missio ventris nomine.
Ungültigkeit des Testaments § 85 (S. 564 ff.).
— der Vermächtnisse § 124, 125 (S. 769 ff.).
Unitas actus beim Testament § 69 (S. 439 ff.)
Universalklagen des Erben, petitorische und possessorische § 47 (S. 287 ff.).
Universalsuccession des Erben. Begriff. § 32 (S. 202 ff.).
— Duplicität des Erwerbes § 33 (S. 205 ff.).
— Modificationen durch das beneficium inventarii u. separationis § 34, 35 (S. 208 ff., 218 ff.).
Universalvermächtniß § 137 ff. (S. 805 ff.).
Unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen § 78 (S. 506 Note 6).
— Erfüllung der Vermächtnißobligation § 116 (S. 743 ff.).
Unmündige, Testirunfähigkeit § 67 (S. 427 Note 6).
Unterschrift beim Testament § 69 (S. 442 sub b c).
— beim Codicill § 109 (S. 711).
Unterfiegelung beim Testament § 69 (S. 442 sub b c)..
— beim Codicill § 109 (S. 711).
Untheilbare Ausübung der Erbberechtigung § 6 (S. 99).

Untheilbare Ausübung der Vermächtnißberechtigung § 114 (S. 738).
Unvererbliche Rechte § 1 (S. 29 ff.), Nachtr. zu S. 29 Note 6.
Unwürdigkeit, s. Indignität.
Usucapio pro herede § 49 (S. 311 Note 2), § 51 (S. 339 Note 2), § 53 (S. 359 Note 1).
Ususfructus legatus § 117 (S. 750 Note 4).
Uterini § 103 (S. 678 sub 1).

V.

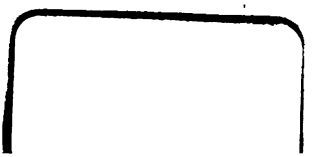
Veräußerung der Erbschaft, s. Erbschaft.
Veräußerungsverbot beim Vermächtniß § 116 (S. 745 sub c), § 139 (S. 811, S. 816 Note 4 ff.).
Vergleich über die Anerkennung eines Testaments § 86 (S. 580 ff.).
Verhinderung der Testamentserrichtung § 73 (S. 469 ff.)
Verjährung der querela inofficiosi testamenti § 91 (S. 602 Note 9), § 101 (S. 667 Note 4).
— der Klage des Fiscus auf die bona vacantia § 65 (S. 416 Note 8).
Vermächtniß
— Begriff § 107 (S. 693 ff.).
— Errichtung:
die erforderlichen Subjecte § 108 (S. 699 ff.):
der Vermächtnißgeber, Fähigkeit (S. 699 sub I).
der Vermächtnißnehmer (Honorirte) (S. 701 ff.),
Fähigkeit bedacht zu werden (S. 701). Mehrheit der Honorirten (S. 702 ff.).
der Vermächtnißträger (Onerirte) (S. 699). Mehrheit der Onerirten (S. 700 ff.).
das Vorvermächtniß, s. Prälegat.
Form der Errichtung § 109:
Testament und Codicill (S. 710 ff.).
Oralfideicommiß (S. 715 ff.).
Testaments- und Intestatcodicille (S. 712 ff.).
Codicillarclausel § 124 (S. 773 ff.).
Vermächtnißvertrag § 107 (S. 697 Note 2).
Inhalt des Vermächtnisses § 110 ff.
im Allgemeinen (S. 717 ff.).
Catonianische Regel § 111 (S. 718 ff.).
Nebenbestimmungen § 113 (S. 726 ff.):
Suspensivbedingung (S. 728), dies (S. 731), Resolutivbedingung (S. 731 ff.), Voraussetzung, Modus (S. 732).
Substitution bei Vermächtnissen § 112 (S. 723 ff.), insbesondere das Familienfideicommiß (S. 724).
Vermächtniß
— Anfall und Delation des Vermächtnisses § 113, 114 (S. 726 ff., S. 733 ff.).
Rechtserwerb durch den Anfall. Zeitpunkt desselben: dies cedens § 113 (S. 726 Note 6).
Erwerb der Vermächtnißberechtigung durch die Delation. Zeitpunkt desselben: dies veniens § 113 (S. 727).
Natur der Vermächtnißberechtigung: sie giebt das Wahlrecht zwischen Agnition und Repudiation des Vermächtnisses § 114 (S. 733 ff.).
Aufhebung der Delation § 115 (S. 739 ff.).
— **Erwerb des Vermächtnisses** durch Agnition § 116 ff. (S. 740 ff.).
Rechte des Vermächtnißnehmers:
Forderungsrecht gegen den Onerirten (S. 741 ff.).
Sicherstellung durch Pfandrecht, Bürgschaft und Besitzeinweisung (S. 744 ff.),
die vermachten dinglichen Rechte an Erbschaftssachen (§ 114 S. 734, § 116 (S. 741).
Anwachsung bei Vermächtnissen § 117 (S. 747 ff.), insbesondere beim Vermächtniß des Nießbrauchs (S. 750 Note 4).
Rechte des Onerirten § 118:
Rententionsrecht und condictio wegen Verwendungen (S. 751 sub 1),
interdictum quod legatorum (S. 751 sub 2),
Recht auf die Falcidische Quart, s. Falcidisches Gesetz.

Vermächtnisse
— **die einzelnen Singularvermächtnisse.**
Alimentenvermächtniß § 134 (S. 797).
Alternatives Vermächtniß § 130 (S. 790).
Vermächtniß einer dos § 132 (S. 794).
Vermächtniß generisch bezeichneter Sachen § 127 (S. 787).
Vermächtniß einer Gesammtheit: Sach- oder Rechtsgesammtheit § 131 (S. 792).
Gesetzliches Vermächtniß § 107 (S. 695 Note 8).
Vermächtniß individuell bezeichneter Sachen § 126 (S. 781), wenn sie zur Erbschaft gehören: unbedingtes u. bedingtes Eigenthumsvermächtniß (S. 782 ff.), wenn sie dem Onerirten gehören (S. 786), wenn sie dem Honorirten gehören (S. 786), Vermächtniß von Erbschaftssachen, an welchen Dritte iura in re haben (S. 785), Vermächtniß von iura in re § 135 (S. 799).
Vermächtniß in Beziehung auf Obligationen: legatum nominis, debiti, liberationis § 136 (S. 801 ff.).
Rentenvermächtniß § 133 (S. 796.).
Vermächtniß einer Summe oder Quantität § 128 (S. 789).
Wahlvermächtniß: legatum optionis § 129 (S. 789).
— **Universalvermächtniß** oder Erbschaftsvermächtniß § 137 ff. (S. 805).
Vermächtnißberechtigung, s. Anfall u. Delation der Vermächtnisses.
Vermächtnißgeber—träger—nehmer, s. Errichtung des Vermächtnisses.
Vermächtnißnehmer können Ertheilung einer Deliberationsfrist herbeiführen § 16 (S. 138 Note 2).
Vermögensunfähige können keine Erbschaft hinterlassen § 1 (S. 41 Not 1).
Verschollenheit des Erblassers § 1 (S. 40 Note 1).
— des berufenen Erben § 14 (S. 131 ff.).
Verschwender, Erbschaftsantritt § 12 (S. 126 sub II).
— Testirunfähigkeit § 67 (S. 430 sub b).
Vertrag über die künftige Erbschaft eines Dritten, s. Erbschaftsvertrag.
Verwandtschaft als Grund der Berufung zur Intestaterbfolge § 59 ff. (S. 385 ff.).
Verwendungen, s. Impensae.
Verzeihung eines Enterbungsgrundes § 99 (S. 641).
Vindicatio hereditatis § 48 (S. 291 Note 2, 3).
Vorvermächtniß, s. Prälegat.
Voraussetzung als Nebenbestimmung letztwilliger Verfügungen § 78 (S. 511 ff.), § 113 (S. 732), § 141 (S. 821).
Vulgarsubstitution, s. Substitutio vulgaris.

W.

Wahlrecht aus der Delation der Erbschaft: Erbberechtigung § 4 (S. 77, 78.).
— aus der Delation des Vermächtnisses s. Vermächtnißberechtigung.
— aus dem legatum generis § 127 (S. 788).
Wahlvermächtniß, s. legatum optionis.
Wahnsinnige, s. Furiosi.
Wechselseitiges Testament § 84 (S. 553 sub 2).
Widerruf des Testaments § 85 (S. 568 ff.).
— des Vermächtnisses § 125 (S. 776 ff.).
— der Schenkung auf den Todesfall § 141 (S. 819 sub 1).
Wittwe, Quart der armen W. § 105 (S. 686 ff.).

Z.

Zeit der Ausübung der Erbberechtigung § 16 (S. 135 ff.).
Zeit der Ausübung des beneficium abstinendi § 31 (S. 197 Note 10).

Zeit der Ausübung des beneficium inventarii § 34 (S. 209 ff.).
— des Anfalls des Vermächtnisses (dies cedens) § 113 (S. 726 Note 6, 7), § 138 (S. 808).
— der Delation des Vermächtnisses (dies veniens) § 113 (S. 727), § 138 (S. 808).
Zeugen bei der Testamentserrichtung § 69 (S. 435 ff.).
— bei der Errichtung des Codicills § 109 (S. 711).
Zuwendung von Todes wegen durch Setzen einer Bedingung: conditionis implendae causa datum § 107 (S. 697 Note 4).
Zwang zum Antritt oder zur Repudiation der Erbschaft § 8 (S. 103 ff.).
— zu letztwilligen Verfügungen § 73 (S. 467 ff.).
— zur Verhinderung letztwilliger Verfügungen § 73 (S. 469 ff.).